LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL
INTRODUCCION

IGNACIO DE OTTO



GUIASTUR EDICIONES
1980

GUIASTUR EDICIONES
Plaza Primo de Rivera, 1 - OVIEDO
Compuesto e impreso en GUIASTUR
ISBN - 84-85801-00-8
D. L. O-1.000/1980

INDICE

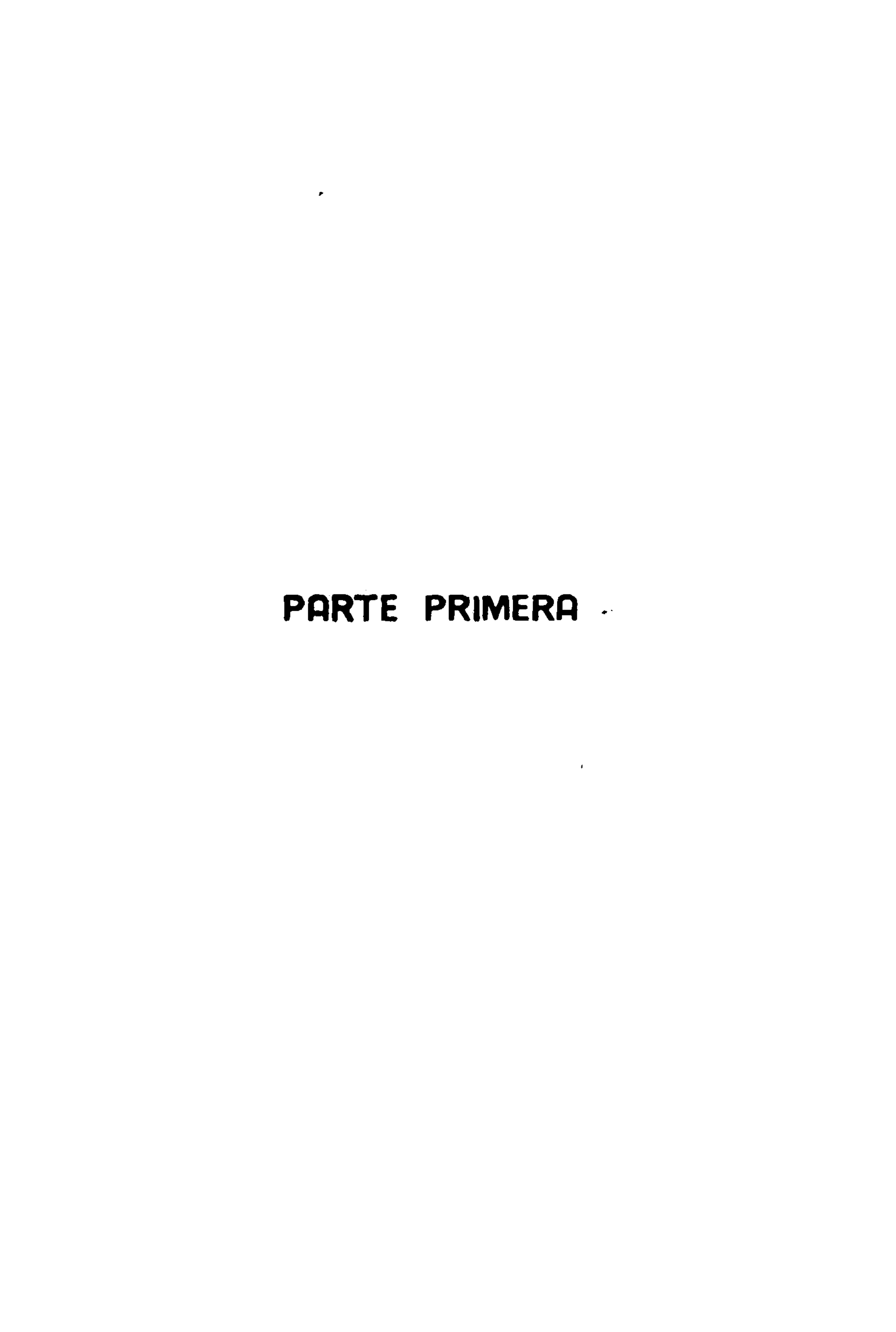
LECCION CUARTA: LA CONSTITUCION EN SENTIDO FORMAL

LECCION QUINTA: LAS FUNCIONES DE LA CONSTITUCION

LECCION SEXTA: EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESTATAL

LECCION SEPTIMA: LA SOBERANIA

LECCION OCTAVA: LA SOBERANIA COLECTIVA



PARTE PRIMERA

LECCION PRIMERA

EL CONCEPTO DE DERECHO (I): DERECHO Y SANCION

SUMARIO:
1. PROBLEMAS DEL CONCEPTO DE DERECHO. 2. DERECHO Y SANCION: LA DEFINICION TRADICIONAL Y SUS DIFICULTADES. 3. LA SANCION COMO OBJETO DE LAS NORMAS JURIDICAS. A/ Estructura de las normas. B/ Formulación de las normas. Normas primarias y normas secundarias. C/ Aspectos de la regulación de la sanción. a) Normas relativas a los supuestos de hecho. Las hipótesis de uso de la fuerza. Su formulación. b) Normas relativas al poder coactivo: sujeto, procedimiento, contenido de la sanción. D/ Normas sancionadas, normas sancionadoras y normas sin sanción. El derecho constitucional. 4. EL USO DE LA FUERZA FISICA COMO OBJETO DEL DERECHO. CONSIDERACION SOCIOLOGICA. A/ Expectativas normativas. B/ La fuerza física como apoyo de las expectativas. C/ Fuerza física y eficacia del ordenamiento. 5. CONTROL DE LA FUERZA FISICA.

1. Problemas del concepto de derecho.

El análisis del concepto de derecho constitucional debe empezar necesariamente por una exposición de lo que se ha de entender por derecho. La necesidad de proceder de tal modo no deriva sólo de la exigencia de examinar primero el género y luego la especie, sino que obedece a una razón más profunda: sin clarificar el concepto de derecho que se toma como punto de partida es imposible explicar en qué consiste la constitución, ya que el concepto que se tenga de ella,

y de su función en el ordenamiento jurídico, dependen directamente del concepto mismo de derecho y, a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del ordenamiento y en las ciencias que las estudian, en el derecho constitucional es el propio concepto de derecho el que determina las materias a estudiar y la respuesta a dar a una diversidad de problemas.

Las consideraciones que siguen no pretenden, por consiguiente, exponer los complejos problemas que la definición de derecho plantea a la teoría jurídica, cosa que corresponde más bien a una introducción general a la ciencia del derecho. Pretenden tan sólo aclarar los supuestos en los que se apoya el análisis de la constitución, objeto central de estas lecciones.

a/ La expresión "derecho" se utiliza en el lenguaje común y en el científico para referirse a un conjunto de normas que regulan las relaciones sociales. La primera cuestión que se plantea a la hora de delimitar estrictamente el concepto de derecho es la de establecer cuál es la nota específica que diferencia a las normas jurídicas, al derecho, de las restantes normas, porque es evidente que las relaciones sociales no sólo están reguladas por normas jurídicas, sino también por normas de otra índole, como son las morales, las de educación, etc., de forma que en ocasiones una misma relación puede ser objeto de varias normas: la amenaza, por ejemplo, es al mismo tiempo un atentado contra una norma moral, contra una norma jurídica y contra una norma de trato social. La primera tarea de la definición de derecho es, por tanto, determinar qué nota específica diferencia a las normas jurídicas de las restantes normas presentes en la regulación de las relaciones entre individuos.

b/ A esta primera tarea se añade otra, consistente en explicar por qué esas normas jurídicas obligan, esto es, por qué son normas en el sentido preciso de este término. To-

do saber que se ocupe de normas, por ejemplo la moral, no se limita a explicarnos cuáles son esas normas, cuál es su contenido, sino que debe explicar también por qué esas normas son realmente normas, por qué obligan. En el caso concreto del derecho esta cuestión es también capital para diferenciar las normas jurídicas de los simples mandatos acompañados de amenazas. ¿Existe alguna diferencia entre la orden de "alto" dada por un guardia en la carretera y la misma orden dada por un asaltante armado?. En ambos casos hay un mandato dotado de una amenaza, y seguramente el móvil de la obediencia será evitar que la amenaza se cumpla. Existe, sin embargo una diferencia: en el primer caso diremos que "estamos obligados" a obedecer mientras que en el segundo, "nos vemos en la necesidad" de hacerlo. Sólo en el primer caso hay una norma jurídica y es necesario explicar por qué. Esta segunda cuestión es el llamado problema de la validez.

La definición de derecho deberá hacer frente, por tanto, a dos problemas distintos: diferenciar las normas jurídicas de las restantes normas sociales y explicar por qué esas normas son normas, por qué obligan. Esta segunda cuestión parece lógicamente previa a la anterior, en el sentido de que primero habría que explicar en qué consiste una norma y luego diferenciar entre las normas existentes. Pero es necesario proceder a la inversa porque el problema de la obligatoriedad de la norma recibe en el caso de las normas jurídicas una respuesta distinta de la que se le da en el caso de otras normas, por ejemplo de las normas morales: el modo en que el derecho obliga es evidentemente distinto del modo en que obliga la moral. Por esta razón aquí se va a proceder a explicar primero en qué se diferencian las normas jurídicas de las restantes normas y luego se tratará de explicar en qué reposa su validez.

2. Derecho y sanción: la definición tradicional y sus dificultades.

El problema de determinar en qué se diferencian las normas jurídicas de las restantes normas que regulan las relaciones sociales, normas morales, sociales, etc., suele recibir la respuesta de que las normas jurídicas, a diferencia de las restantes, son normas sancionadas, esto es, normas cuyo incumplimiento lleva aparejada una sanción para el infractor. Según este planteamiento tradicional lo que caracteriza al derecho es la presencia de la sanción para el caso de incumplimiento de la norma.

La conexión entre el derecho y la sanción es en principio correcta, si bien el modo en que se ha establecido en el párrafo anterior plantea ciertos problemas que obligan a definir en términos más precisos la verdadera naturaleza de esa relación entre norma y sanción, que caracteriza a las normas jurídicas y las diferencia de las restantes.

a/ La primera dificultad, aunque ésta de escasa entidad, consiste en que en el concepto de sanción resulta impreciso. Si se entiende por sanción en general la privación de algún bien, es evidente que también las normas de conducta social que carecen de carácter jurídico establecen, sin embargo, sanciones de diversos tipos: la moral amenaza a sus infractores con sanciones trascendentes, del más allá, o con la sanción del remordimiento, y las normas reguladoras del trato social están también dotadas de sanción en la medida en que sus infractores están sometidos a ciertas consecuencias en ese mismo trato. Esta dificultad, sin embargo, tiene escasa entidad, dado que las sanciones jurídicas se caracterizan por ser externas (no interiores al individuo), inmanentes (no del mas allá) y socialmente organizadas por normas (a diferencia de las sanciones que res-

paldan las normas de cortesía, socialmente difusas y no sometidas a organización). Las sanciones que prevé el derecho consisten directa o indirectamente en el uso de la coacción física como medio de coerción, y ese uso está sometido a su vez a normas jurídicas que regulan quién puede aplicarlas, a quiénes, en qué circunstancias, de qué modo, etc.

b/ Ahora bien, este mismo carácter organizado de la sanción implica una nueva dificultad para la definición que aquí se está examinando. Si decimos que lo que caracteriza a la sanción jurídica es el ser una sanción organizada por normas jurídicas, habremos de aceptar que estas normas están a su vez dotadas de sanción, ya que en eso consiste precisamente el carácter jurídico de la norma. Pero esto implica que esta nueva sanción está a su vez organizada por otras normas que, para ser jurídicas, han de estar dotadas nuevamente de una sanción a su vez organizada por otras normas que. . . etc. El argumento nos lleva por tanto a una progresión hacia el infinito y para romperla hemos de suponer que algunas normas, si bien regulan la sanción para el caso del incumplimiento de otras, no están a su vez dotadas de sanción jurídicamente organizada, lo que evidentemente las privaría de su carácter jurídico a partir de la definición inicial. Para evitar el absurdo de la progresión hacia el infinito tendremos que aceptar que algunas normas no están sancionadas, con lo cual negamos la definición del derecho como conjunto de normas cuyo incumplimiento genera una sanción.

c/ Este argumento lógico coincide, además, con la realidad de que una cierta parte de las normas jurídicas no está efectivamente dotada de sanción, esto es, su incumplimiento no genera sanción para el autor. Así ocurre con algunas normas del derecho internacional, que pueden ser y de hecho son

violadas sin que el Estado infractor sea sancionado por ello. Y en el mismo caso se halla el derecho constitucional: por referirse éste a los órganos supremos del Estado, según veremos, la infracción de sus normas, por ejemplo por el Jefe del Estado o por el Parlamento, con frecuencia no da lugar a sanción de ningún tipo.

Estos argumentos son suficientes para demostrar que, si bien existe esta íntima relación entre derecho y sanción, esta relación no est-a correctamente establecida en la definición que se daba al principio. Más concretamente: el derecho no es un conjunto de normas cuyo incumplimiento está sancionado; las normas jurídicas no se diferencian de las restantes normas por estar dotadas de sanción para el caso de incumplimiento, ya que hay normas jurídicas que carecen de esta característica.

La verdadera relación entre norma jurídica y sanción consiste en que la sanción misma es el objeto de la norma jurídica, de modo que son normas jurídicas aquellas que regulan la aplicación de sanciones y, en cuanto que se trata de sanciones consistentes en el uso de la fuerza coactiva, de la coacción física, el derecho es un conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, de la coacción física. Las normas jurídicas no pueden definirse en su totalidad como normas apoyadas por la posibilidad del recurso a la coacción, sino como normas que regulan el uso de la fuerza. La coacción no es su instrumento, sino precisamente su contenido. Este modo de definir el derecho, además de hacer frente a todas las dificultades anteriores, está de acuerdo tanto con el contenido y estructura lógica de las normas jurídicas cuanto con la función que esas normas desempeñan en las relaciones sociales. Trataremos ahora de exponer estos dos aspectos del problema.

3. La sanción como sujeto de las normas jurídicas.

A/ ESTRUCTURA DE LAS NORMAS.

En la consideración tradicional las normas jurídicas aparecen como normas que establecen deberes, consistentes en mandatos o prohibiciones, y que, además, prevén sanciones para el supuesto de que se incumplan tales deberes. En realidad sin embargo, la relación entre el mandato y la sanción es distinta. No se trata exactamente de que se imponga un deber y al mismo tiempo se prevea una sanción, sino que el deber se impone porque y en la medida en que se prevé una sanción, para el caso de que se dé una determinada conducta, cuya contraria se considera contenido del deber. El ordenamiento, determina una conducta como supuesto en el que se aplicará una sanción a su autor y, al proceder así, establece para los individuos el deber de evitar que se dé el supuesto en cuestión, esto es, el deber de no realizar la conducta que jurídicamente ha de generar la sanción. No hay deber y sanción como objetos conectados por la norma, sino que hay deber porque y sólo porque hay sanción.

Desde este punto de vista el ordenamiento no puede ser considerado como un conjunto de mandatos dirigidos a los individuos, sino como un conjunto de mandatos dirigidos a quienes tienen poder sancionador, por ejemplo a los jueces, mandatos en los que se les ordena hacer uso de su poder coactivo en determinados supuestos y con determinadas condiciones. De esos mandatos dirigidos a los poderes sancionadores se derivan como consecuencias deberes para los individuos sometidos a esos poderes coactivos, deberes consistentes en evitar la conducta que dará lugar a la actuación de esos poderes, esto es, la acción o la omisión que dará lugar a la sanción.

Esos mandatos, a su vez, si bien tienen múltiples formas de expresión externa, se reducen esencialmente a juicios hipotéticos en los que se establece que, si se da un supuesto, debe darse una consecuencia consistente en la sanción. Con una u otra fórmula las normas jurídicas responden a una estructura de "si (supuesto de hecho). . . entonces (sanción)", o, si se quiere formular lo mismo de otro modo, la estructura lógica de las normas jurídicas responde a la proposición "si se da A, el supuesto de hecho, debe darse B, la sanción".

Esta estructura de la norma jurídica aparece con cierta claridad en el caso de las normas penales. Así, el art. 407 de nuestro Código Penal establece que "el que matare a otro será castigado como homicida con la pena de reclusión menor", precepto que establece un juicio hipotético consistente en que, si se da el supuesto de hecho de que alguien mate a otro, debe darse la consecuencia consistente en la sanción de reclusión menor. Analizada esta norma en términos de mandato evidentemente nos encontramos ente un mandato dirigido al juez y no a los individuos. Se ordena al juez que imponga un determinado castigo cuando un individuo realice una determinada conducta, el homicidio, y de esta orden dirigida al juez es posible derivar una orden, en este caso una prohibición, no matar, dirigida a los ciudadanos. En rigor, por tanto, el cumplimiento de la norma contenida en el art. 407 del Código Penal no se produce cuando nos abstenemos de matar, ni se incumple la norma cuando se mata, sino que la norma se cumple cuando, habiéndose producido el hecho de matar, se produce la sanción, y se incumple cuando la sanción no tiene lugar. El deber de los ciudadanos es, por tanto, una consecuencia que se deriva de la orden dirigida al juez y sólo existe porque existe esa orden. No hay, en consecuencia, un mandato de una conducta y, además, una sanción, sino que hay un mandato de una conducta

solamente porque se manda una sanción para el supuesto contrario.

B/ FORMULACION DE LAS NORMAS. NORMAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS.

En principio la totalidad del ordenamiento podría utilizar tan solo la formulación que es propia de las normas penales, dirigidas al juez, de modo que la formulación de los deberes de los ciudadanos sería sólo implícita, no explícita. A los efectos de una mayor claridad y simplificación, los textos legales, sin embargo, suelen utilizar una formulación consistente en declarar de manera explícita el deber y acompañar esta prescripción de otra relativa a la sanción a aplicar en caso de incumplimiento del primero. Así, el Código Civil dice en su art. 389 que si un edificio amenaza ruina el propietario estará obligado a su demolición, fórmula con la que se establece explicitamente un deber cuyo incumplimiento da lugar, según el párrafo siguiente del mismo artículo, a una sanción consistente en que la Autoridad podrá hacer demoler la edificación a costa del propietario. El citado deber podría formularse de otro modo, similar al de las normas penales, diciendo que, cuando un edificio amenace ruina y su propietario no proceda a su demolición, la autoridad podrá hacerlo demoler a costa de este último, fórmula que, sin embargo, resulta más confusa y deja en la obscuridad la imposición de un deber al propietario del edificio. Si no se utiliza esta fórmula se debe a un deseo de claridad, que lleva a que, en general, se formulen por una parte los deberes y por otra las sanciones para el incumplimiento de esos deberes. A este esquema responden por ejemplo las leyes administrativas, o las leyes electorales, que contienen al final un título dedicado a las infracciones y sanciones de los deberes que establecen a lo largo de su articulado.

El hecho de que de los mandatos dirigidos al

poder coactivo se desprendan deberes para los ciudadanos, deberes que con frecuencia se formulan separadamente y de manera expresa, da lugar a una importante clasificación de las normas jurídicas en primarias y secundarias. En esta clasificación —que no hay que confundir con otras en las que se utilizan los mismos términos con distinto significado— se llaman normas primarias las dirigidas a las autoridades, a los poderes sancionadores, como ocurre en el caso del art. 407 del C. P., mientras que se denominan secundarias las que tienen por destinatarios a los ciudadanos, el "no matarás" implícito en ese precepto, o los deberes explícitamente formulados como tales. Este uso de las expresiones primaria y secundaria indica por sí mismo que la esencia del ordenamiento jurídico radica en la regulación de la sanción, no en la ordenación de las conductas supuestos de la sanción. Esto no impide, evidentemente, que consideremos que desde el punto de vista práctico este aspecto lógicamente secundario es tan importante como el lógicamente primario, porque lo que se trata de describir con esos términos es la estructura del instrumento de ordenación social en que consiste el derecho, no la significación que ese instrumento tiene en esa ordenación.

C/ ASPECTOS DE LA REGULACION DE LA SANCION

Todo lo dicho hasta aquí puede resumirse, por tanto, en la tesis de que lo que caracteriza al derecho frente a las demás normas reguladoras de las relaciones sociales es, efectivamente, el recurso a la coacción física, a ese tipo especial de sanción que es la coacción física socialmente organizada. Pero, a diferencia de lo que se suele afirmar, lo que caracteriza al derecho no es exactamente la posibilidad del recurso a la coacción física para obtener el cumplimiento de sus normas, sino que el derecho regula el recurso mismo a la coacción, el uso de ésta. La fuerza física no es el instrumento del derecho, sino el obje-

to de su regulación. En palabras de Kelsen, "una norma es jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra norma que establece una sanción; es jurídica cuanto establece una sanción. El problema de la coacción (compulsión, sanción) no es un problema de aseguramiento de la eficacia de las normas, sino una cuestión relativa al contenido de las mismas". Y en la misma línea define el derecho Ross cuando dice que "un orden jurídico nacional es un cuerpo de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza física contra una persona", y añade más adelante: "tenemos que insistir en que la relación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en el hecho de que aquéllas se refieren a la aplicación de ésta, y no en el hecho de que estén respaldadas por la fuerza".

Sería erróneo, sin embargo, deducir de aquí consideraciones simplistas acerca de la estructura del ordenamiento jurídico y del modo en que éste se refiere a la fuerza física, a la coacción. Sería erróneo, sobre todo, creer que todas las normas jurídicas contienen una referencia a ésta de modo directo. Ya hemos visto antes la diferencia entre normas primarias y normas secundarias, en las últimas de las cuales no aparece la referencia a la sanción. Ahora es necesario examinar los múltiples aspectos de la sanción, de la coacción física, que pueden ser objeto de normación jurídica. Para ello dividiremos las normas en dos grandes grupos: las que definen los supuestos de sanción, o de uso de la fuerza, y las que regulan el propio poder coactivo, su composición, procedimientos y facultades.

a/ Normas relativas a los supuestos de hecho. Las hipótesis de uso de la fuerza. Su formulación.

La mayor parte de las normas jurídicas prevén

el resto forma el ámbito de lo permitido, que engloba las conductas que no pueden dar lugar al uso de la fuerza. Las normas jurídicas, sin embargo, no delimitan tan sólo de manera implícita el ámbito de lo permitido, sino que a veces lo formulan explícitamente para impedir que los poderes coactivos intervengan o amparen una intervención en ese terreno. En tal caso la norma permisiva va acompañada de otra en la que la intervención se constituye como supuesto de la sanción. Es más, en rigor sólo se puede decir que algo está jurídicamente permitido cuando el ordenamiento considera ilícita la conducta contraria, dirigida a impedir la acción de que se trate. En otro caso nos hallamos ante conductas jurídicamente irrelevantes.

Las normas que determinan el supuesto de hecho consistente en una conducta tienen, por tanto, la forma de prohibiciones, mandatos o permisos en sus diversas formas. Ahora bien, estas prohibiciones, mandatos y autorizaciones no se refieren tan sólo a actos, a conductas, sino que mediante este sistema se regulan otros muchos aspectos conexos con éstas, tales como la capacidad de los sujetos, sus poderes y facultades, las formas de los actos, los requisitos de los mismos, los objetos a que pueden referirse, sus efectos respecto de bienes y personas. Por ello las normas no se expresan siempre bajo la misma forma de mandatos, prohibiciones o permisos, sino que utilizan también las fórmulas de la definición o de la descripción. Así, por ejemplo, el art. 1445 del Código Civil define la compraventa, el art. 29 establece cuándo se adquiere la personalidad jurídica, el 337 clasifica los bienes en fungibles y no fungibles, el 707 prescribe las solemnidades que se han de observar para otorgar testamento cerrado.

Dentro de las normas relativas a los supuestos de hecho se han de incluir también aquellas que se refieren a

ciertos efectos del incumplimiento de las anteriores, ya que tal incumplimiento no siempre da lugar directamente a una sanción, sino que guarda una relación más complicada con ésta. En este grupo hay que incluir, en primer lugar, las normas relativas al incumplimiento de ciertos deberes, por ejemplo las obligaciones civiles. Así el art. 1101 del Código Civil establece que "quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios los que en el cumplimiento de las obligaciones incurriesen en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas". así en tal caso no hay propiamente una sanción, sino un nuevo deber que podrá ser objeto de sanción con el primero en el caso de que sea incumplido. En segundo lugar, hay que incluir en este mismo grupo aquellas normas en las que se establece que el incumplimiento de determinadas normas hace nulos los actos, tal como dispone con carácter general el art. 6 núm. 3 del Código Civil, al establecer que "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho". En este supuesto, y en los otros muchos en que la violación del precepto produzca alguna forma de invalidez del acto, en realidad no nos encontramos ante una sanción, sino ante la exclusión del efecto que se perseguía con tales actos y que consistía en generar deberes cuyo incumplimiento daría lugar a la sanción. La nulidad del contrato no es una sanción, sino la exclusión del efecto vinculante que se perseguía con el contrato y que habría gozado del apoyo del poder coactivo.

De todo lo dicho hasta aquí es fácil colegir que las normas definidoras de los supuestos de hecho, en sus múltiples variedades, constituyen la parte más extensa del ordenamiento jurídico. En ellas hay que incluir, por ejemplo, el derecho civil o el derecho mercantil, pero también la parte más importante del derecho administrativo, en la que se regula la organización, funcionamiento y competencia de la administración

y de los sujetos que la integran, esto es, la actividad de unos sujetos a los que el ordenamiento permite imponer deberes cuyo incumplimiento lleva aparejada la sanción. Todas estas normas pertenecen a la categoría de las que determinan supuestos de hecho y la actividad de los funcionarios que cumplen sus deberes, así como la de los ciudadanos sometidos a la administración, no es en definitiva otra cosa que actividad dirigida a evitar que se produzcan supuestos de hecho de la coacción.

b/ Normas relativas al poder coactivo: sujeto, procedimiento, contenido de la sanción.

Además de las normas que establecen los supuestos de hecho, otras normas se refieren a la organización y funcionamiento del propio poder coactivo que dispone de la fuerza física, así como a la forma y cuantía de ésta. Todo ordenamiento jurídico implica un mínimo de reglamentación en este terreno, la sumisión de la fuerza a reglas, y, según veremos, esta reglamentación es máxima en el Estado moderno, en el que el uso de la fuerza coactiva se atribuye como monopolio a determinados sujetos. Dentro de estas normas hay que incluir las siguientes categorias:

— Ciertas normas jurídicas determinan quién puede hacer uso del poder coactivo, esto es, determinan la composición de los órganos, su jurisdicción y competencia, su organización y los medios de que disponen, y otros aspectos similares. Dentro de este apartado hay que incluir desde luego las normas que se refieren a los tribunales de justicia, como la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero también las normas de derecho administrativo que otorgan a ciertos órganos de la administración una potestad sancionadora o el uso de la fuerza física en forma de coacción directa. A esta categoría pertenecen por ejemplo las

normas que organizan las fuerzas de orden público o las que determinan las facultades sancionatorias y de orden público de las autoridades.

— Otras normas determinan el procedimiento de aplicación de las sanciones o del uso de la fuerza en general. Forman parte de esta categoría las leyes de Enjuiciamiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal, y también las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo relativas a los procedimientos sancionatorios, o la Ley de Orden Público.

— Por último, ciertas normas regulan la índole misma de las sanciones o, en términos más generales, del uso de la fuerza. Así en la Ley de Orden Público se regulan ciertas formas de coacción directa y en el Código Penal se establecen las diversas penas, su índole, duración, formas de ejecución, etc, preceptos que se desarrollan en el derecho penitenciario.

La sanción consiste siempre en infligir por la fuerza un mal o en privar por la fuerza de un bien: privación de la vida o de la libertad, o del patrimonio o de un derecho, o imposición de trabajos forzados, de dolores físicos, etc. Las sanciones se dividen en dos grandes tipos: la "pena" y la "ejecución forzosa". Esta última tiende a restablecer la situación jurídica alterada por la infracción, mientras que en la primera no se da esta finalidad, sino tan solo la de castigar el acto previsto por la ley como supuesto de hecho de la sanción. En la ejecución forzosa, entendida en un sentido amplio, se ha de incluir tanto la sanción dirigida a "substituir" el acto debido y no realizado (embargo de bienes, deshaucio) cuanto aquellas sanciones en las que se compele directamente a un individuo a cumplir una obligación (conducción de un testigo por la fuerza pública). Y las penas comprenden desde la privación de la vida o la libertad hasta la de un derecho patrimonial (multas)

o de un derecho de cualquier otro tipo (separación de un cargo, privación del derecho de voto).

En algunos de estos supuestos la presencia de la fuerza física es inmediata y directa —como ocurre en la pena de muerte, en el deshaucio o en la conducción de un testigo—, pero en otros casos la fuerza física no está directamente presente sino que es una posibilidad a la que cabe recurrir para hacer efectiva la sanción. Así el impago de una multa puede dar lugar a una ejecución forzosa, a una nueva sanción para obtener el cumplimiento de la primera, y en la separación de un cargo público tampoco está presente la fuerza física de un modo inmediato, sino como recurso ulterior para obtener el cumplimiento de la sanción inicial.

Todo esto implica que la identificación de sanción y fuerza física, la definición de la sanción como privación "forzosa" de un bien, o como el acto de infligir por la fuerza un mal, no significa siempre, ni tan siquiera en la mayoría de los casos, la efectiva utilización de la fuerza, de medios coactivos, sino la posibilidad de recurrir a su uso. Esta misma idea se puede expresar diciendo que no todas las sanciones implican por sí mismas aplicación de la fuerza, sino que lo que las caracteriza es que en todo caso la efectiva realización de la sanción está respaldada por la posibilidad de recurrir a la fuerza: las sanciones que no consisten por sí mismas en la aplicación de la fuerza están, sin embargo, respaldadas por otras sanciones secundarias que sí consisten en la aplicación directa de esa fuerza física.

D/ NORMAS SANCIONADAS, NORMAS SANCIONADORAS Y NORMAS SIN SANCION. LAS NORMAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

En el modo tradicional de considerar la relación entre derecho y sanción las normas jurídicas aparecen como normas sancionadas, esto es, como normas que establecen deberes y prevén sanciones para el caso de incumplimiento de los mismos. Según lo que acabamos de ver, sin embargo, las normas jurídicas no se definen en su totalidad por ser normas sancionadas, sino por ser normas sancionadoras, esto es, normas reguladoras de la imposición de sanciones. Son normas que organizan la sanción, desde los diversos puntos de vista que acabamos de examinar, normas relativas al uso de la coacción o fuerza física, cuya regulación permite que las normas jurídicas regulen múltiples aspectos de la conducta humana en conexión con ese objeto que les es propio.

Esta perspectiva permite hacer frente a un aspecto de la relación entre normas que es importante desde el punto de vista del Derecho Constitucional. Se trata del hecho de que la mayor parte de las normas son sancionadoras y sancionadas al mismo tiempo, porque la actividad sancionadora que regulan se configura como un deber cuyo incumplimiento es a su vez objeto de sanción en otra norma. Son normas sancionadoras porque en ellas se regula el uso de la sanción: cuándo, quién, cómo, con qué contenido. Ahora bien, todas esas prescripciones tienen el carácter de deberes, o prohibiciones, porque se prevén sanciones para el caso de su incumplimiento por el poder sancionador a quien van dirigidas. Esto significa que todas las normas relativas a la sanción son a su vez normas que determinan supuestos de hecho en los que habrá de aplicarse una sanción. La diferenciación que antes hemos visto entre normas relativas a los supuestos de hecho y normas relativas al poder coactivo tiene que complementarse ahora con la indicación de que la infracción de cualquiera de esas normas es considerada a su vez por el ordenamiento como un supuesto de hecho en el que

se habrá de imponer una sanción. Así la norma contenida en el art. 407 del Código Penal es una norma sancionadora, porque ordena al juez sancionar, pero es también una norma sancionada porque el art. 353 del mismo Código prevé una sanción para "el juez que a sabiendas dictase sentencia injusta en causa criminal a favor del reo", esto es, porque el art. 353 prevé una sanción para el supuesto de hecho consistente en que el juez incumpla el deber de sancionar, que le impone el art. 407 cuando se dé el supuesto de hecho de que alguien cometa un homicidio.

Y en términos más generales el conjunto de las normas, normas dirigidas al juez, sancionadoras por tanto, son además normas sancionadas porque el Código Penal prevé una sanción para "el juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley".

Esta cualidad de normas sancionadoras a la vez que sancionadas se da en la práctica totalidad del ordenamiento jurídico y se da tanto más cuanto mayor sea la jerarquización interna que éste establece. Pero la cualidad de norma sancionadora y sancionada no puede darse en todas las normas del ordenamiento, esto es, no todas las normas jurídicas están protegidas por sanciones de modo que su incumplimiento genere una sanción para el autor del mismo. Ya hemos visto antes, al exponer las objeciones a la definición tradicional del derecho por la sanción, que la tesis de que todas las normas jurídicas son sancionadas conduce al absurdo lógico de una progresión hacia el infinito: toda norma sancionada lo es en virtud de otra, sancionadora respecto de ella, y sancionada a su vez por otra, y así infinitamente. Esta misma objeción resulta evidente ahora si se tiene en cuenta que la sanción no es el apoyo de la norma, sino su contenido. Para una norma jurídica en concreto la sanción puede ser al mismo tiempo contenido y apoyo, porque, en su función de apoyo, es contenido de otra norma. Pe-

ro para el ordenamiento jurídico en su conjunto, para las normas jurídicas en su totalidad, esta dualidad es absolutamente imposible: el ordenamiento en su totalidad regula la sanción, pero no está apoyado por la sanción. La sanción no puede ser al mismo tiempo objeto del ordenamiento y apoyo externo del mismo.

Esto explica que las normas del Derecho Constitucional sean normas sancionadoras, pero no normas sancionadas. Son desde luego normas sancionadoras porque en ellas, según veremos, se regula la creación de normas que regulan la sanción, esto es, se regula la creación de normas sancionadoras. Son normas que regulan el poder sancionador en sus elementos básicos, e incluso puede decirse que son normas jurídicas por excelencia porque su destinatario es el propio poder jurídico, el propio poder sancionador, los más altos órganos del Estado que disponen del poder sancionador y que lo norman. Regulan la sanción en su propio orígen. Pero por esa misma razón no siempre son normas sancionadas. Ya que están por encima del poder sancionador, no se encuentran respaldadas por éste, por otro poder sancionador. Son, dicho de otro modo, normas relativas al poder jurídico, pero no están apoyadas por otro poder jurídico.

4. El uso de la fuerza física como objeto del derecho. Consideración sociológica.

A/ ESPECTATIVAS NORMATIVAS.

Hasta aquí hemos considerado el problema de la relación entre fuerza y derecho desde el análisis del contenido de las normas, de la estructura lógica de la relación que éstas establecen entre supuesto de hecho y sanción. Ahora vamos a considerar el mismo problema desde la perspectiva de la función que cumple el ordenamiento jurídico en el sistema social.

Se trata de una consideración sociológica que nos conduce al mismo resultado, pero que al mismo tiempo ofrece puntos de vista muy interesantes para examinar el concepto de constitución y la función que ésta cumple en el ordenamiento jurídico.

Regular relaciones entre indivíduos —y ésta es la función de las normas jurídicas y de las restantes normas sociales— significa fundamentalmente establecer qué es lo que unos indivíduos pueden esperar o exigir de otros, qué es lo que el sujeto A puede exigir del sujeto B o, lo que es lo mismo, a qué está obligado el sujeto B respecto del sujeto A. Todas nuestras relaciones sociales están basadas en una serie de suposiciones que hacemos repecto de "cuál va a ser" o "debe ser" la conducta del otro. Saludamos a alguien porque suponemos que va a responder al saludo y prestamos un bien en la suposición de que se nos devolverá en el momento acordado al entregarlo. La relación social en su conjunto es un entramado infinito de estas "expectativas" respecto de la conducta ajena.

A grandes rasgos estas "expectativas" respecto de los demás se agrupan en dos tipos fundamentales: expéctativas "cognitivas" y expectativas "normativas". Las primeras se basan en el conocimiento (cognición) de cómo son las cosas, del acontecer causal, y se ponen de manifiesto, por ejemplo, en el saber cómo es un individuo con el que hemos de entablar una relación para intentar adecuar nuestra conducta a sus características personales. Una buena parte de nuestras relaciones sociales cotidianas se basan consciente o inconscientemente en este tipo de expectativas cognitivas, y nuestra acción se configura de un modo u otro según sea la realidad en la que se desarrolla o, para decirlo de un modo más preciso, según creamos que es esa realidad. La expectativa normativa, por el contrario, no consiste en el conocimiento, sino en un deseo o proyecto: no esperamos tan sólo que algo ocurra, sino que exigimos, de

un modo u otro, que sea así, y estamos dispuestos a mantener nuestro deseo aunque se vea defraudado o desilusionado por los hechos. Si compramos un objeto determinado en función de sus cualidades estamos dispuestos a reclamar si de hecho éstas no corresponden a lo prometido, si nuestra expectativa se ha visto desilusionada.

La diferencia básica entre las expectativas cognitivas y las normativas consiste, por tanto, en la distinta reacción frente a la desilusión. Una expectativa es cognitiva cuando estamos dispuestos a variarla si se ve contradicha por los hechos. Comprobamos, por ejemplo, que nuestro modo de tratar a una persona se basa en un conocimiento erróneo de su modo de ser y variamos nuestra conducta en función de los nuevos datos, esto es, variamos nuestra expectativa respecto de esa persona. Por el contrario, una expectativa es normativa cuando estamos dispuestos a mantenerla aunque se vea contradicha por la realidad. Si recibimos un trato incorrecto de alguna persona seguiremos manteniendo nuestra exigencia de ser tratados con corrección y adoptaremos alguna medida para ponerlo de manifiesto y para obtener el trato que pretendemos. La desilusión sobrevenida en la realidad, en los hechos, no nos conduce a variar nuestra expectativa. Dicho en términos precisos: una expectativa normativa es una expectativa "contrafácticamente estabilizada".

Si lo que caracteriza a una expectativa normativa es su estabilidad frente a los hechos, el problema básico es el de determinar cómo se consigue esa estabilización y, por consiguiente, qué expectativas individuales son susceptibles de tal estabilización. Evidentemente la posibilidad de que mantengamos nuestras expectativas normativas frente a los hechos no puede depender tan solo de los recursos de que disponga

cada individuo en particular. Esto supondría la más absoluta inseguridad en las expectativas y la relación social se haría imposible. Solo podemos esperar, hacer objeto de nuestras expectativas, aquello que cuenta con un respaldo social, aquello que cuenta con un determinado apoyo de los demás, de terceros. Así por ejemplo, hoy nadie puede esperar seriamente ser tratado en todo momento por su título aristocrático, caso de tenerlo. Quien intentase protestar por ser tratado como los demás ciudadanos, se vería privado la mayor parte de las veces de todo apoyo social y tendría que abandonar su expectativa, como tendría que hacerlo quien solicitase de un guardia la detención de un individuo por haberle negado el saludo en la calle. Sólo podemos esperar aquello que los demás esperan que esperemos o, dicho en otros términos, las expectativas sólo se mantienen si a su vez son objetos de otras expectativas que disponen de algún medio para imponerse y estabilizarse.

Todo esto nos permite precisar algo más el significado de la expresión "normas que regulan las relaciones sociales". Tales normas forman parte de las expectativas sobre expectativas, es decir, constituyen uno de los mecanismos de que se dispone para estabilizar las expectativas normativas. Las normas de corrección social nos permiten esperar un determinado trato de los demás. Al entrar en un establecimiento comercial a adquirir un objeto esperamos ser tratados con corrección, con honestidad comercial y sin fraude, y podemos esperar todo eso porque existen normas socialmente establecidas que regulan esos diversos aspectos de la relación, normas de trato social, usos mercantiles y normas jurídicas que amparan nuestra expectativa. La función clave de las normas que regulan las relaciones sociales es, por tanto, la de prestar apoyo a ciertas expectativas normativas individuales, evidentemente no a todas.

B/ LA FUERZA FISICA COMO APOYO DE LAS EXPECTATIVAS.

Ahora bien, para entender en qué consiste exactamente el derecho hay que tener en cuenta que ese apoyo social puede ser múltiple y puede darse en múltiples direcciones. La expectativa normativa puede sostenerse simplemente por el consenso social en torno a la misma, consenso que sanciona de algún modo al individuo que la desilusiona. Quien es objeto de un agravio puede recurrir a múltiples formas para llamar la atención de los demás: organizar un escándalo, protestar, pedir públicamente explicaciones, etc. y el autor del agravio puede verse "sancionado" de múltiples maneras: con el aislamiento, con el reproche, con dificultades en su trato con los demás, etc. Las expectativas normativas no se apoyan, por tanto, tan sólo en el recurso a la coacción para mantenerlas, sino que pueden estabilizarse por múltiples vías.

La fuerza, sin embargo, es el medio más eficaz para la estabilización de la expectativa precisamente por ser el más "abstracto". En los ejemplos del párrafo anterior la posibilidad de apoyar la expectativa está ligada a que exista consenso en torno a ella —un consenso que no tiene, según veíamos, quien pretenda ser tratado por su título aristocrático— y la existencia de este consenso se hace tanto más difícil cuanto más compleja es la sociedad y cuanto mayor es la subdivisión en grupos que no comparten las mismas expectativas. Al mismo tiempo, cuanto más compleja es una sociedad más difícil resulta a los demás identificar las expectativas que puedan corresponder a los diversos individuos, o a los diversos papeles sociales, a los valores socialmente aceptados, etc. La fuerza física, por el contrario, no se ve sometida a ninguna de esas limitaciones precisamente porque es abstracta, es decir, aplicable en cualquier momento, a cualquier persona y a cualquier materia. La

expectativa respaldada por la fuerza se puede hacer valer en cualquier instante, suple la falta de consenso, esto es, provoca el reconocimiento también de quien no consiente en ella y, además, es inmediataménte identificada como tal expectativa.

El derecho consiste precisamente en la regulación de ese recurso a la fuerza como elemento estabilizador de las expectativas normativas. En las sociedades primitivas el derecho se hace valer y se manifiesta como tal precisamente en el uso individual de la fuerza física, por ejemplo en el duelo o en la venganza. Tener derecho a algo era fundamentalmente tener derecho a usar uno mismo la fuerza física para obtener ese algo. Pero la fuerza, al mismo tiempo que es el instrumento más eficaz por su abstracción, es también, precisamente por esa misma abstracción, el medio más peligroso, porque su carácter abstracto la hace independiente de la estructura social y, en consecuencia, susceptible de trastocar ésta. Por ello, la organización social implica necesariamente organización de la fuerza, su progresiva concentración en manos de unos pocos y, en la sociedad moderna, significa el monopolio de la fuerza por el Estado.

Todas estas consideraciones complementan las hechas anteriormente respecto del derecho como conjunto de normas reguladoras del uso de la fuerza física. Las normas jurídicas son ese sector de las normas sociales por el que se organiza la fuerza física y se regula su uso. Cuando decimos que las normas jurídicas contienen mandatos y prohibiciones, que de ellas se derivan derechos y deberes, estamos diciendo que en las normas jurídicas se determina cuáles son las expectativas normativas de los individuos que pueden contar con el respaldo de la fuerza física y al mismo tiempo se determina quién podrá ejercerla, de qué modo, con qué contenido y en qué supuestos.

C/ FUERZA FISICA Y EFICACIA DEL ORDE-

NAMIENTO.

La definición del derecho como conjunto de normas reguladoras del uso de la fuerza física podría inducir al error de creer que la realización del derecho, su eficacia, se ampara en la efectiva aplicación de la fuerza coactiva, o en el temor a la misma. Nada más falso. Afirmar que el derecho regula el uso de la fuerza, que presta a las expectativas el apoyo de esta, no significa en absoluto afirmar que el móvil que induce a la obediencia de la norma jurídica sea la fuerza, el temor a ser víctima de ella. El papel de la fuerza física no consiste primordialmente en asegurar de hecho la realización de las expectativas jurídicamente protegidas, sino en producir una confianza generalizada en el ordenamiento jurídico, confianza que nace de la certeza de que se puede recurrir al uso de la fuerza en cualquier circunstancia. Dicho en otros términos: lo importante no es que de hecho se aplique la fuerza para obtener el cumplimiento, ni que los individuos cumplan para evitar la coacción, sino que todos sepan que puede aplicarse en cualquier momento.

En la mayor parte de las relaciones jurídicas no está presente la fuerza física como móvil de la conducta, sino que una parte considerable de las normas jurídicas se ven cumplidas porque están amparadas por el consenso o por la propia estructura social. Las consecuencias sociales de la infracción, por ejemplo para un comerciante deshonesto, son a veces un móvil para el cumplimiento más poderoso que la posible sanción. Y, por otra parte, ocurre frecuentemente que la infracción, la "desilusión de la expectativa", puede dar lugar a soluciones alternativas distintas de la sanción jurídica propiamente dicha, como son el entendimiento entre las partes de la relación para buscar una compensación o las represalias económicas, etc. La función de la fuerza física no es, por tanto, únicamente la de asegurar la efectiva realización de la expectativa, sino ante todo la de dar "certeza a la expectativa". Que una expectativa esté amparada por el derecho significa que to-

dos saben que pueden realizarse sin depender ni de las personas, ni del momento ni del contenido, significa que todos saben que se puede confiar en la norma porque está amparada por un medio, la fuerza física, que puede operar en cualquier circunstancia. La función de la fuerza física es la de generalización frente a cualquier circunstancia posible del futuro.

Un ordenamiento que se hubiera de imponer por la fuerza introduciría con ello un factor de constante perturbación de la vida social. La efectiva aplicación de la fuerza tiene un notable costo. En una sociedad moderna puede decirse que la fuerza es económicamente irracional, y por ello de expansión limitada, y es políticamente peligrosa, porque la presencia inmediata de la fuerza física hace evidente que existen individuos que no aceptan el orden que esa fuerza ampara. Ningún ordenamiento jurídico puede sostenerse si sus normas tienen que recurrir en cada momento al uso de la fuerza para imponer la conducta que preven. Por ello el ordenamiento jurídico requiere para su eficacia el apoyo de un sistema de legitimación, capaz de generar consentimiento y reducir a un mínimo la necesidad de proceder efectivamente a la aplicación de la fuerza. En los ordenamientos modernos esa tarea de legitimación se convierte en una cuestión a la que a su vez hay que atender jurídicamente. A diferencia de los sistemas de legitimación moral o religiosa, los sistemas modernos exigen la legitimación mediante mecanismos establecidos en el propio ordenamiento jurídico. Disponer de la fuerza física es también disponer de la posibilidad de construir tales mecanismos.

5. Control de la fuerza física.

Todo ordenamiento jurídico es, por definición, limitativo de la libertad de los individuos. Si su contenido es determinar cuándo es posible recurrir a la fuerza física para apoyar las

expectativas, el ordenamiento supone, por definición, que determinados individuos, en determinadas circunstancias, pueden forzar a otros a realizar algo en contra de su voluntad. Desde este punto de vista derecho y libertad son términos antitéticos, se excluyen mutuamente, y la existencia de una norma jurídica supone por sí misma una mayor o menor restricción de la libertad de los individuos a ella sujetos.

Esta antítesis de derecho y libertad deriva del mis-concepto de norma en general. Toda norma exige que el individuo se comporte con arreglo a expectativas ajenas, que se someta a exi- comporte con arreglo a expectativas ajenas, que se someta a exi- gencias sociales, difusas en algunos casos o procedentes de la voluntad de un individuo determinado en otros. Toda norma supone la posibilidad de un comportamiento divergente, de una conducta que defraude las expectativas que se dirigen al individuo. Si los individuos no tuvieran tal posibilidad, si les fuera fácticamente inevitable el comportarse de un determinado modo, la norma relativa a esa conducta no sería en realidad una prescripción de la misma, sino una descripción, no sería una norma, sino una ley de las que formulan las ciencias para describir una realidad. Toda norma, por tanto, supone la posibilidad de conducta contraria, y tiende a evitarla. Para ello establece sanciones de uno u otro tipo, que pueden ser el simple remordimiento, la condena social, la aplicación de la fuerza física al individuo. Toda norma limita la libertad en cuanto que pretende que los individuos conformen su conducta a una determinada exigencia aunque no estén acordes con ella.

En los ordenamientos no jurídicos, sin embargo, el apoyo que se presta a las exigencias de unos individuos sobre otros, aun cuando puede ser muy eficaz, está sometido a múltiples condicionamientos y en cualquier caso no llega a conferir a los titulares de la pretensión la posibilidad de utilizar la fuerza física contra quien la defraude. El ordenamiento jurídico, por el contra-

rio, pone en manos de los individuos la posibilidad de responder con la fuerza a la desilusión de la expectativa, ya sea simplemente para castigar la infracción, como es el caso de las penas, ya sea para substituir con una coacción física la acción no llevada a cabo, como ocurre en la ejecución forzosa. El ordenamiento jurídico se refiere al instrumento más radical e irresistible, a la aplicación de la fuerza al individuo, a una fuerza que puede consistir incluso en darle muerte. Es verdad que la fuerza tiene también límites, y que la amenaza de sanción no es en absoluto suficiente para impedir que se cometan infracciones, siquiera sea en unos pocos casos, pero esto no impide afirmar que el derecho pone en manos de los individuos el medio más radical e irresistible de que pueden hacer uso para imponer sus pretensiones a los demás: la fuerza física ejercida sobre seres humanos.

Con todas estas afirmaciones no se pretende en absoluto hacer una valoración negativa, ni por supuesto positiva, de lo que significa el derecho, el ordenamiento jurídico. Se trata tan sólo de señalar lo que necesariamente implica la existencia de derecho: que unos individuos pueden en determinadas circunstancias restringir la libertad de otros mediante la amenaza de la fuerza física, y en su caso mediante la utilización efectiva de la misma. Quizá es posible imaginar una vida social en la que tal medio no sea necesario, una sociedad en la que las normas se cumplan espontáneamente o por móviles que no sean el temor a la coacción. Todo ello es quizá posible y sin duda deseable. Pero en tal sociedad no habrá derecho, sino otro tipo de ordenamiento, moral o de cualquier otra índole, o quizá no haya ordenamiento alguno. En todo caso a ese ordenamiento no se le podrá calificar como jurídico. Es posible también, y así ocurre efectivamente, que una parte notable de las normas jurídicas se cumplan voluntariamente y de manera espontánea, pero esa es una cuestión que afecta al orden social efectivo, a sus motivaciones reales, algo que no guarda relación con nuestro problema, la índole del derecho: és-

ta no es otra que la posibilidad de recurrir a la fuerza física, posibilidad de la que se hará uso en la medida en que fracasen todas esas otras motivaciones de la conducta. La existencia de normas jurídicas significa que las conductas pueden imponerse también cuando los individuos se resisten a llevarlas a cabo.

Al insistir en este aspecto del derecho, contra toda pretensión de definirlo en términos idealistas y moralizantes, no se hace en absoluto afirmación alguna acerca del fin que persigue el derecho ni de la estructura social que con él se consagra. Donde hay derecho hay dominación de unos individuos sobre otros. Esta dominación puede ser de una mayoría sobre una minoría, o de una minoría, incluso de un reducido grupo, sobre una mayoría. Puede perseguir intereses colectivos, de modo que las normas los impongan frente a quienes persigan tan sólo fines asociales, y puede perseguir intereses sectoriales, de modo que a través del ordenamiento se fuerce al resto de los individuos a la satisfacción de esos intereses que no les son propios. El fin que se persigue con las normas puede ser considerado moralmente bueno o reprobable, según las situaciones y los puntos de vista. Pero todo esto afecta a la estructura del ordenamiento, al modo en que éste regula el uso de la fuerza. En ningún caso a su índole. El ordenamiento jurídico implica por sí mismo cuando menos un mínimo de poder de unos individuos sobre otros, incluso si se quiere sobre una exigua minoría. En esa medida implica restricción de la libertad de aquellos a quienes se fuerza a una conducta no querida. Mientras haya derecho habrá posibilidad de coacción y habrá derecho mientras la coacción sea necesaria por cualquier motivo.

La definición del ordenamiento jurídico como regulación del uso de la fuerza física conduce sin duda a la demolición de cualquier concepción idealista de su naturaleza. Toda consideración de esta índole tiene que encauzarse hacia el problema de la estructura del ordenamiento y de los fines que se persi-

guen a través de ella. Sería erróneo desconocer, sin embargo, que la existencia misma de derecho supone en cualquier caso también una mínima garantía frente a la fuerza física que regula y en ese sentido una garantía de un mínimo de libertad. Frente a una situación en la que cualquier individuo pueda hacer uso de cualquier fuerza en cualquier momento y contra cualquier persona, el derecho, en cuanto regula fuerza física, supone la distinción entre fuerza lícita y fuerza ilícita y sustrae ciertas actividades humanas al imperio de ésta. Si el derecho es regulación de la fuerza física, del cuándo y del quién, es evidente que la existencia de normas jurídicas supone la negación de la fuerza en todos aquellos casos en que no esté amparada por el ordenamiento. Sólo cabe hablar de derecho si hay fuerza física, ciertamente, pero al mismo tiempo sólo cabe hablar de derecho si esa fuerza está regulada, es decir, si no está a la disposición de cualquiera frente a cualquiera. El derecho supone cuando menos una distinción entre las expectativas que pueden apoyarse en la fuerza y aquellas a las que les está vedado el recurso a ella, supone una distinción entre el uso lícito y el uso ilícito de la fuerza según las situaciones. Pero supone algo más, una cierta distinción entre sujetos. El derecho no sólo distingue situaciones de uso lícito y de uso ilícito, sino que progresivamente introduce una restricción en el número de los sujetos habilitados para el uso de la fuerza y una exclusión de los demás del acceso a la misma. Para ello es necesario que el uso ilícito de la fuerza física, por sujetos o en situaciones jurídicamente ilícitas, esté a su vez sancionado con el uso de la fuerza física. Regular jurídicamente la fuerza física significa, por tanto, limitar su uso mediante la amenaza de esa misma fuerza física para los supuestos de transgresión de esos límites. El derecho es una regulación de la fuerza cuyo medio es la fuerza misma. Y por ello es una regulación limitada: las normas superiores del ordenamiento se refieren a la fuerza y la limitan, pero para imponer esos límites no disponen del apoyo de otra fuerza.

Al establecer quién puede usar de la coacción física y cuándo puede hacerlo, el ordenamiento jurídico puede utilizar los más variados criterios. Y el verdadero problema moral del derecho no radica en la exclusión de la fuerza coactiva —en tal caso ya no estaríamos ante un ordenamiento jurídico— sino en determinar qué sujetos pueden utilizarla y qué pretensiones pueden amparar con ella. Ese es el problema de la estructura del ordenamiento jurídico.

LECCION II
EL CONCEPTO DE DERECHO (II): LA VALIDEZ

SUMARIO

1.-PLANTEAMIENTO. 2.- SER O DEBER SER. PROPOSICIONES DESCRIPTIVAS Y PROPOSICIONES PRESCRIPTIVAS. 3.- LA VALIDEZ COMO CATEGORIA CENTRAL DE LA CIENCIA DEL DERECHO. 4.- LAS CONCEPCIONES VALORATIVAS DEL DERECHO:IUSNATURALISMO. 5.- LAS CONCEPCIONES NO VALORATIVAS DEL DERECHO: EL POSITIVISMO EN LA CIENCIA DEL DERECHO. A/ Los presupuestos científicos del positivismo jurídico. B/ El positivismo jurídico y el concepto de validez. 6.- LAS CONCEPCIONES REALISTAS O SOCIOLOGICAS. 7.- EL POSITIVISMO NORMATIVISTA. A/ La fundamentación de la validez en otra norma. B/ La jerarquía normativa. C/ El significado de la validez en el positivismo. 8.- JUSTICIA, VALIDEZ Y EFICACIA. FILOSOFIA CIENCIA Y SOCIOLOGIA DEL DERECHO. 9.- POSITIVISMO, IUSNATURALISMO Y SOCIOLOGISMO EN LA CRISIS DE LA CIENCIA DEL DERECHO.

1. Planteamiento.

Al exponer al principio de la lección anterior los dos problemas que plantea el concepto de derecho, se indicaba ya que, además de diferenciar entre las normas jurídicas y las demás normas que regulan las relaciones sociales, es pre-

ciso también determinar el concepto de validez y explicar por que las normas jurídicas son válidas.

El ejemplo que entonces se citaba es un buen punto de partida para explicar en qué consiste el problema de la validez y cual es su alcance para la ciencia del derecho. Se decía allí que era necesario determinar si hay alguna diferencia entre la órden de detención que nos puede dar un guardia y la misma orden proveniente de un delincuente armado que nos asalta. Y se indicaba asimismo que, si bien en ambos casos el móvil de la obediencia será posiblemente la amenaza del sujeto armado, parece existir entre ambos supuestos una diferencia que se expresa linguísticamente al decir en el primer caso que "estamos obligados" a obedecer y en el segundo que "nos vemos en la necesidad " de hacerlo.

Todas las consideraciones hechas hasta aquí en torno al concepto de sanción nos podrían inducir a buscar la respuesta por un camino equivocado. Podríamos decir que la diferencia básica está en que el guardia nos amenaza con una sanción socialmente organizada, con una sanción normada, mientras que la amenaza del delincuente no tiene ese carácter. Esta diferencia es sin duda real, pero no afecta al fondo del problema, porque puede ocurrir que la sanción con la que nos amenaza el delincuente sea también una sanción normada, socialmente organizada: el delincuente puede pertenecer a una organización firmemente asentada en un territorio y actuar conforme a las normas de la misma, conocidas por la población de ese territorio, y puede existir incluso toda una reglamentación interior que sancione a los miembros del grupo que abusen de su poder o lo utilicen fuera de los cauces previstos por la organización. Así ocurre, por citar ejemplos tópicos, con la mafia siciliana, los gangs americanos o, en otro plano, con las organizaciones guerrilleras que llegan a imponerse en un terri-

torio. También aquí nos encontramos ante sanciones normadas, iguales a las de la autoridad pública y en consecuencia la respuesta basada en la diferencia entre sanciones deja de ser útil para diferenciar los dos supuestos. Podremos dejar de preguntarnos en qué se diferencia la orden del guardia de la del asaltante armado, pero tendremos que plantearnos la pregunta a un nivel superior: ¿En qué se diferencia el ordenamiento del Estado del de la banda de ladrones o la organización guerrillera? ¿Por qué uno produce "obligación" de obediencia y el otro tan sólo "necesidad"?

Para percatarse del alcance del problema conviene tener en cuenta que la diferencia que media entre ambos supuestos no es una diferencia empírica, no es perceptible en el campo de los hechos, sino que se trata de una diferencia de alguna otra índole. Para un observador externo la orden del guardia y la del delincuente son hechos aparentemente iguales, y lo mismo puede decirse del orden impuesto por el Estado en un territorio y el que resulte de la implantación de una banda o de una organización guerrillera. La diferencia sólo se puede hacer perceptible adoptando un punto de vista distinto del estrictamente empírico y esto, según tendremos ocasión de ver, plantea grandes problemas dados los presupuestos del conocimiento científico según la moderna teoría de la ciencia.

En las páginas que siguen se expondrá en primer lugar el concepto de validez según las diversas proposiciones que se prediquen de la misma y luego se hará una referencia a las diversas soluciones que ha recibido el problema de la validez de las normas jurídicas, a las diversas orientaciones básicas de la teoría del derecho. Al hilo de esa exposición se explicarán también los presu-

puestos de la teoría de la ciencia que condicionan el problema de la validez jurídica y en definitiva la propia ciencia del derecho.

2. Ser y deber ser. Proposiciones descriptivas y proposiciones prescriptivas.

El punto de partida de la ciencia del derecho es la distinción de dos campos de la realidad: el ser y el deber ser. Esta es una diferencia que se manifiesta de modo inmediato a la conciencia y que se traduce en el uso de dos tipos distintos de proposiciones: descriptivas y precriptivas. En las proposiciones descriptivas se afirma que algo "es" de una determinada manera, que las cosas ocurren de un cierto modo. En las proposiciones prescriptivas se afirma que algo "debe ser", sin que con ello se esté afirmado al mismo tiempo que es o que efectivamente va a ser como debe ser. En el caso de las proposiciones descriptivas nos hallamos ante proposiciones relativas al ser, como ocurre cuando decimos que alguien ha llevado a cabo una determinada acción o que lo ha hecho por estos o aquellos motivos. En el caso de las proposiciones prescriptivas hacemos una afirmación relativa al campo del deber ser: tal persona debe hacer tal cosa o no debió hacer la que efectivamente hizo y debe ser sancionada por ello.

En el uso habitual del lenguaje esta diferenciación entre los dos tipos de proposiciones no siempre aparece con la suficiente claridad, ya que cuando hablamos de reglas o leyes lo podemos hacer usando las palabras en cualquiera de sus dos sentidos. La expresión "regla" se puede utilizar para designar algo que ocurre, como cuando decimos que "por regla general"la gente se comporta de un determinado modo en ciertas situaciones. Y podemos usar la palabra regla en el sentido de proposición prescriptiva cuando hablamos de reglas de con-

ducta, por ejemplo de reglas de cortesía, describiendo lo que tales reglas imponen como deber. La palabra "ley" por su parte, puede ser utilizada para designar las proposiciones descriptivas que formula una ciencia para describir cómo es algo, por ejemplo la ley de gravedad o las leyes de la física, pero también la podemos usar para designar ciertas prescripciones del Estado, las leyes en el sentido jurídico del término. El único caso en el que el uso lingüístico es unívoco es el de la palabra "norma", ya que salvo contadísimas excepciones con ella designamos siempre proposiciones prescriptivas, proposiciones relativas a lo que debe ser.

Esta división entre ser y deber ser se corresponde con la división del conjunto de las ciencias. Un sector de éstas se ocupa del campo del ser y su finalidad es formular respecto de él proposiciones descriptivas, leyes en el sentido de leyes científicas. A este sector pertenecen todas las llamadas ciencias de la naturaleza, la física, la química, la biología, etc. así como las llamadas ciencias exactas. Y también un sector de las ciencias sociales pertenece a este conjunto: la economía y la sociología, por ejemplo, estudian también el campo del ser y formulan leyes científicas en las que tratar de describir cual es su realidad. Otras ciencias, por el contrario, se ocupan de las proposiciones prescriptivas, del campo del deber ser. Así ocurre por ejemplo con la moral y lo mismo ocurriría con la antigua política que no se ocupaba de describir los fenómenos políticos, como lo hace la moderna ciencia política, sino que establecía normas acerca de lo que debía hacerse, establecía lo que hoy llamaríamos una moral política. La ciencia del derecho pertenece también a este conjunto de saberes que se ocupan del deber ser y su objeto son las normas jurídicas.

3. La validez como categoría central de la ciencia del derecho.

Cualquier proposición, tanto si es descriptiva como si es prescriptiva existe en la medida en que "vale", en que tiene "validez". La validez puede ser considerada por tanto como el "modo de ser" de cualquier proposición.

En el caso de las proposiciones descriptivas, por ejemplo en el caso de las leyes de una ciencia, decimos que la proposición vale, que es "válida", cuando es "verdadera". La validez de una proposición descriptiva, en este caso de una ley científica consiste en su verdad y cuando decimos que tal ley es falsa estamos diciendo en realidad que no existe como tal ley, porque las cosas no ocurren como en ella se pretende. la validez de una proposición descriptiva se mide, por tanto, por adecuación a la realidad.

En el caso de las proposiciones prescriptivas la validez no consiste en que la proposición sea verdadera, sino en que efectivamente deba ser lo que en ella se dice que debe ser. En el curso normal del idioma decimos que una norma es válida cuando "obliga" aun en el supuesto de que no sea efectivamente cumplida. Si decimos, por ejemplo, que se debe ser honesto en los negocios, no queremos en absoluto afirmar que realmente ocurra así, pero de la contradicción entre realidad y norma no deducimos que aquella no valga, sino que la seguimos considerando obligatoria, la seguimos teniendo por norma "válida". La validez de las normas jurídicas, como de cualquier norma, consiste, por tanto, en que deba ser lo que en la norma se dice que debe ser.

Si la validez, en cualquiera de sus dos sentidos, es el modo de ser de las proposiciones, sean de uno u otro tipo, toda ciencia que se ocupe de normas, que las formule o que las examine, debe ser capaz de explicar por qué tales proposiciones son válidas, esto es, debe tener un criterio de la validez,

debe elaborar sus propios criterios de "reconocimiento", los criterios en virtud de los cuales reconoce una norma como válida. Esto no supone ningún problema insoluble en el caso de las ciencias del ser, en el caso de las proposiciones descriptivas, porque como hemos visto la validez consiste en la adecuación de la proposición descriptiva a la realidad que describe, en la verdad o falsedad de la ley científica de que se trate. Pero la cuestión en cambio plantea una dificultad extremadamente insuperable para la ciencia del derecho, hasta el extremo de que es posible poner en tela de juicio que en ella se trate verdaderamente de una ciencia. Esta dificultad deriva de una exigencia metodológica propia de toda ciencia , que en el caso de la ciencia jurídica conduce a un callejón sin salida. Esta exigencia metodológica se explicará a continuación al hilo del análisis de las diversas respuestas que la cien ia del derecho ha dado al problema de validez de las normas o, dicho en otros términos, se examinará al mismo tiempo que se exponen los diversos modos en que la ciencia del derecho responde a la pregunta de por qué el derecho obliga.

En cualquier caso esta referencia a la validez nos sirve ya para apuntar una primera característica de la ciencia del derecho que la diferencia de otras ciencias que también se ocupan de normas, incluso de las mismas normas de las que se ocupa la misma ciencia jurídica. Se trata de la diferencia entre la ciencia del derecho y la sociología del derecho. La ciencia del derecho tiene como primera tarea determinar por qué una norma vale, o dicho con mayor precisión, "en virtud de qué" la norma es norma. Tiene que elaborar, por tanto, unos criterios de reconocimiento, unos criterios que le permitan reconocer una norma como tal. La sociología jurídica, por el contrario, no se pregunta en virtud de qué una norma vale, sino "por qué" esa norma existe y en qué medida efectivamente existe. La sociología del derecho se ocupa, entre otras cuestiones, del

origen de la norma, pero no del funcionamiento de su validez. En este sentido es una ciencia que investiga procesos causales, la causación que ha dado lugar a la génesis de una norma jurídica concreta.

La sociología del derecho investiga qué conflictos, qué intereses, qué fuerzas sociales o políticas o qué cualesquiera otras circunstancias sociales dieron lugar a que en un determinado momento se dictara cierta norma. La ciencia del derecho, por el contrario, tiene que determinar si esa norma "vale", si es realmente jurídica, y lo determinará con arreglo a sus propios criterios de reconocimiento, con arreglo a su propia concepción de la validez.

4. Las concepciones valorativas del derecho. El iusnaturalismo, y la crítica positivista.

Planteada la cuestión de por qué una norma es válida, por qué obliga, por qué debe de ser lo que en ella se dice que debe ser, la primera respuesta posible parte de considerar el problema desde la perspectiva de valores superiores a la norma en cuestión. Desde esa perspectiva una norma es válida si es justa y, a la inversa, la norma no es válida si no es justa. Lo que confiere validez a una norma, lo que hace que sea realmente norma, es su acomodación a valores superiores a ella, en términos generales su adecuación al valor justicia que consideramos que la norma debe realizar. Según esta concepción, por tanto, el derecho podría ser considerado como un conjunto de normas justas.

Este es un tipo de respuesta presente en la conciencia jurídica común, en la que con frecuencia se considera

que el derecho injusto no obliga, que no es auténtico derecho. La expresión española "no hay derecho", utilizada para calificar como injusta una norma o una situación, traduce exactamente esa convicción de que sólo es derecho lo que es justo.

Esta ha sido, además, la respuesta que durante siglos se ha venido dando al problema de la validez del derecho. Esta respuesta se pone de manifiesto por ejemplo en éste párrafo de Santo Tomás de Aquino: "Como dice San Agustín, la ley que no es justa no parece que sea ley. Por tanto, la fuerza de la ley depende del nivel de su justicia, y tratándose de cosas humanas su justicia está en proporción a la norma de la razón". Y en la misma línea de pensamiento Sto. Tomás define la ley como "una prescripción de la razón en orden al bien común, promulgada por aquél que tiene el cuidado de la comunidad". Incluso en la actualidad cabe encontrar rasgos de este construcción tradicional, como ocurre en esta afirmación de Radbruch: "Allí donde ni siquiera se persigue el fin de la justicia, donde la igualdad que constituye el núcleo de la justicia, es conscientemente negada por las normas del derecho positivo, la ley no solamente es derecho injusto, sino que le falta por completo la naturaleza de derecho".

Tal posición a la hora de definir en qué consiste el derecho puede ser denominada valorativa en el sentido de que lo que determina la validez de la norma es su adecuación a ciertos valores, en concreto al valor justicia o, más modernamente, al valor libertad o igualdad. El derecho aparece definido aquí como un conjunto de normas justas, de forma que sólo tienen la condición de jurídicas las normas en que concurre esta cualidad.

Una importante consecuencia de esta concepción del derecho es la posibilidad de distinguir entre el derecho natural y el derecho positivo, distinción que aparece en

el conjunto de doctrinas que se conocen con el nombre de iusnaturalismo. Según estas doctrinas existen en la naturaleza humana ciertas leyes naturales que obligan como derecho, que constituyen un derecho natural, al margen de que sean reconocidas o no por el poder de la comunidad. Junto a ese derecho natural existe un derecho positivo, puesto por los hombres, que sólo es derecho en virtud de su adecuación a los valores y que no será derecho cuando contradiga éstos. Expresado en términos más precisos, para esta doctrina el derecho positivo no recibe su cualidad de derecho del hecho de ser puesto, exigido por el poder, sino que recibe tal cualificación de su adecuación a los valores. No basta el dato empírico de su exigencia, sino que a ese dato empírico debe añadirse otro más fundamental, consistente en que esas normas establecidas por el poder sean justas.

5. Las concepciones no valorativas del derecho: el positivismo en la ciencia del derecho.

A/ LOS PRESUPUESTOS CIENTIFICOS DEL POSITIVISMO JURIDICO. Las respuestas que aquí se denominan valorativas parecen incompatibles con los presupuestos de la verdadera ciencia porque ésta toma como punto de partida la exclusión de los llamados "juicios de valor". Según la moderna teoría de la ciencia no es posible establecer científicamente valores, está fuera del alcance de la ciencia determinar qué es la bondad, la justicia, etc. lo que significa que no es posible formular científicamente juicios de valor, juicios en los que se califiquen realidades con arreglo a valores. Afirmar que algo es justo o injusto, bueno o malo, etc., significa situarse en el campo de lo no demostrable científicamente, de lo opinable y relativo; se trata de cuestiones emocionales e irracionales sobre las que no es posible

hacer proposiciones científicamente válidas. La ciencia puede decir de algo que es, pero no puede pronunciarse acerca de si debe o no debe ser.

Esta proposición de la ciencia moderna se traduce en el llamado relativismo en materia de valores, en la negación de que existan valores absolutos y en la tesis de que las afirmaciones relativas a los valores se basan en apreciaciones subjetivas y no universalizables.

b) Esta exclusión de los llamados juicios de valor no es en último término más que el resultado de un postulado básico de la ciencia moderna: el empirismo, entendiendo por tal la necesidad de que todo conocimiento científico se fundamente en datos de la realidad empírica, en hechos de la experiencia. Y esta es una exigencia que debe cumplir también la ciencia del derecho, como cualquier otra ciencia. En palabras de Ross, cuya teoría jurídica, según veremos, lleva al extremos esta exigencia metodológica, "toda ciencia, en último término, se ocupa de un mismo cuerpo de hechos y todos los enunciados científicos acerca de la realidad, esto es, aquellos que no son de carácter puramente lógico-matemático, están sometidos al test de la experiencia".

c) La combinación de estos dos presupuestos, empirismo y exclusión de los juicios de valor, conduce a una primera característica de toda ciencia del derecho que quiera hacer honor a su nombre de ciencia: la definición del derecho tiene que excluir toda referencia al valor justicia. No hay, en consecuencia, más derecho que el "derecho positivo", el derecho "puesto" por los hombres empíricamente, lo que significa, además, que todo derecho positivo es derecho, sea justo o injusto. Esta posición aparece definida claramente en éste párrafo de Kel-

sen: " La negativa a admitir, desde el punto de vista del conocimiento, la existencia de un ser trascendente situado por encima de toda experiencia humana, es decir, la oposición a la existencia de lo absoluto en general y de valores absolutos en particular, conduce, desde el punto de vista de una teoría científica del derecho, a la afirmación de que la validez del derecho positivo no puede depender de su relación con la justicia. ... Para una teoría positivista del derecho el fundamento de validez de un ordenamiento jurídico positivo no reside en una de las numerosas normas de justicia existentes, dado que no cabe conceder primacía a una de ellas sobre las demás".

Este modo de concebir el derecho en el que, conforme a los postulados de la ciencia moderna, se considera que no existe más derecho que el derecho positivo, se conoce con el nombre de "positivismo jurídico". Esta expresión, sin embargo, tiene múltiples significaciones que se irán aclarando posteriormente. No obstante, conviene hacer ya una precisión para evitar un entendimiento incorrecto de esta expresión. El positivismo no significa en absoluto afirmar que todo derecho positivo es justo, sino simplemente que no hay más derecho que el derecho positivo y que todo derecho positivo es derecho. Con frecuencia se acusa al positivismo de sostener la primera tesis, de santificar todo ordenamiento jurídico por bárbaro que pueda ser, y efectivamente, ha existido una concepción de este tipo cuyo punto de partida es la tesis de que el derecho positivo, como conjunto de reglas impuestas por quien tiene el poder sirve, con su sola existencia y al margen de su valor moral, para la consecución de fines tales como la paz, el orden, la justicia, etc. Pero esta posición que puede ser calificada de ideología positivista o de positivismo ideológico, no es en absoluto científica, y en consecuencia no es positivista en el sentido en que aquí se utiliza esta expresión. Es una ideología que carece de fundamento científico como carecería de

él la posición contraria. Para un positivista es perfectamente posible afirmar que un derecho es injusto y lo que le caracteriza como positivista es que ese juicio acerca de la justicia queda excluido de la consideración científica. "En cuanto teoría relativista de los valores, afirma Kelsen, el positivismo aporta también criterios que permiten juzgar el derecho positivo, pero con la única restricción de que dichos criterios poseen un carácter relativo". El positivismo jurídico se limita a afirmar que todo derecho positivo es derecho por ser positivo, por estar puesto, y que todo juicio acerca de su justicia o injusticia está situado al margen de la ciencia en sentido estricto, es relativo. Respecto de esta no cientificidad de los juicios de valor y, en concreto, del valor justicia, el propio Kelsen afirma expresivamente que "la misión del conocimiento científico no consiste sólamente en responder a las preguntas que nosotros le dirigimos, sino también en enseñarnos qué preguntas podemos juiciosamente dirigirle".

B/ EL POSITIVISMO JURIDICO Y EL CONCEPTO DE VALIDEZ. Según se ha dicho anteriormente la ciencia del derecho debe explicar "el fundamento de la validez de las normas jurídicas",tiene que explicar en virtud de qué debe ser lo que

Según se ha dicho anteriormente la ciencia del derecho debe explicar "el fundamento de la validez de las normas jurídicas", tiene que explicar en virtud de qué debe ser lo que la norma dice que debe ser. Y en los párrafos anteriores se ha expuesto ya por qué no es posible fundamentar ese deber ser, esa validez, en los valores absolutos, inaccesibles a la ciencia, que solo puede ocuparse de hechos de la experiencia. Cabría suponer, en consecuencia, que la ciencia del derecho, si quiere ser realmente ciencia, tiene que buscar el fundamento de la validez de las normas en los hechos, en el único terreno que

es accesible al conocimiento científico; cabría suponer, dicho en otros términos, que el fundamento del deber ser es el ser. Ahora bien, esta conclusión es lógicamente imposible, ya que no existe puente alguno entre el plano del ser y el plano del deber ser. De que algo sea no se puede deducir lógicamente que algo deba ser, de una proposición relativa al ser, descriptiva, no se puede deducir una proposición relativa al deber ser, una proposición precriptiva.

De aquí deriva un grave problema para la ciencia del derecho. Si la validez de las normas no puede fundamentarse ni en los valores, científicamente inaccesibles, ni en los hechos, único terreno accesible a la ciencia, ¿en qué puede fundamentarse esa validez?, ¿cómo es posible decir que una norma obliga, que es válida, que debe ser lo que la norma dice que debe ser?. En el ejemplo de la orden emanada de un bandido ¿por qué en el primer caso "estamos obligados" a obedecer mientras que en el segundo "nos vemos en la necesidad" de hacerlo? Si no se consigue dar respuesta a esta cuestión de la validez no hay diferencia alguna entre ambas órdenes y, en términos más generales, no es posible establecer diferencia alguna entre un ordenamiento jurídico y el orden coactivo que una banda armada impusiera en un determinado territorio por la fuerza.

Excluida la referencia a los valores como científicamente insostenible, la ciencia positivista del derecho ha intentado escapar a ese dilema por dos caminos distintos: el llamado realismo jurídico, que consiste en negar la categoría de la validez y el positivismo normativista, que fundamenta la validez de las normas en otras normas en los términos que veremos más adelante. Ambas concepciones son de capital importancia para comprender el concepto de constitución.

6. Las concepciones realistas o sociológicas.

La expresión realismo jurídico se utiliza habitualmente para referirse a una determinada escuela teórica, a la que se hará referencia en estas páginas, pero cabe hablar de concepciones realistas o sociológicas para designar todas aquellas en las cuales el derecho es identificado con un conjunto de normas eficaces. Mientras que en las concepciones valorativas el derecho aparece como un conjunto de normas justas, aquí lo que define como jurídica a una norma es el ser eficaz, de modo que un ordenamiento jurídico, según esta concepción, está integrado por el conjunto de las normas efectivamente cumplidas, de las normas que efectivamente regulan las relaciones sociales.

Estas doctrinas tienen un importante antecedente en la llamada Escuela histórica, de Savigny (1779-1861) y Puchta (1797-1846). Para esta escuela el derecho no es producto del legislador, obra del Estado, ni deriva tampoco de la razón y de los valores abstractos, sino que nace de fuerzas anónimas y obscuras, como ocurre con la lengua, y crece de forma espontánea a partir del espíritu del pueblo (Volksgeist). La conciencia ético-jurídica común, popular, es la verdadera fuente de todo derecho, su forma primigenia de expresión es la costumbre, y la obra del legislador está predeterminada por la fuerza creadora previa.

A los efectos que aquí interesan el aspecto fundamental de la Escuela histórica es la derivación la validez de la eficacia. Aunque la Escuela histórica pretende describir cómo nace el derecho a través de la historia de un pueblo, la idea subyacente es que la historia es también el criterio del bien, la tendencia inmanente de la realidad es al mismo tiempo el supremo valor. La Escuela histórica, por tanto, no se limi-

ta a describir lo que es, sino que dice además que, por ser y haber sido siempre, debe también ser. En realidad, por tanto, la Escuela histórica se mueve en las coordenadas del derecho natural en cuanto que parte de un juicio de valor que, además, se basa en un juicio de hecho: la historia es el criterio de lo justo. Esto significa que la Escuela histórica no se ajusta a los modernos presupuestos positivistas o realistas a que responden las modernas teorías realistas o sociológicas, que parten de la exclusión de todo juicio de valor y como veremos de la supresión del concepto mismo de validez. Si la hemos citado aquí se debe a que es un antecedente de las modernas construcciones, por cuanto lo que demuestra para la Escuela histórica la existencia de la norma es su eficacia, su efectivo existir en la conciencia jurídica común y en la práctica jurídica de un pueblo.

La doctrina a la que hay que aplicar estrictamente la denominación de "realismo jurídico", tal como se entiende aquí, como realismo de base positivista, está integrada fundamentalmente por la llamada "jurisprudencia realista" norteamericana y, sobre todo, por el denominado "realismo jurídico escandinavo", cuyos exponentes máximos son Alf Ross y Karl Olivecrona.

En la llamada jurisprudencia realista la doctrina se formula como una concepción judicialista del derecho: el derecho está integrado por el conjunto de las normas efectivamente aplicadas por los jueces, y una norma es válida cuando con toda probabilidad será aplicada por los jueces. La norma, por tanto, no es en realidad una prescripción acerca de cómo debe resolverse el conflicto, sino una descripción de cómo se resolverá probablemente, es una proposición que predice, no que prescribe. En consecuencia la ciencia del derecho no puede estudiar sólo las normas creadas por el legislador, sino todos aquellos factores que influyen en la decisión del juez, incluidos los psi-

cológicos. Todos estos factores deben incluirse en el concepto de derecho ya que todos ellos permiten predecir como decidirá el juez, como será su decisión.

La construcción científicamente más coherente de la doctrina realista es, sin duda, la que ofrece el ya citado "realismo escandinavo". Ross considera que definir el derecho es definir el derecho "vigente", y esta expresión "significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas y que lo son porque son vividas como socialmente obligatorias". Lo importante no es aquí el modo en que Ross define la vigencia, sino el hecho de que esa vigencia entendida como efectividad define el ser del derecho. En otras palabras, "se niega el concepto mismo de validez como algo distinto de la vigencia efectiva".

La posición de Ross respecto del concepto de validez queda exactamente reflejada en las observaciones que el propio autor hace respecto de su concepto de vigencia: "Puede quizá considerarse que esta conclusión es un lugar común y que se ha empleado un excesivo aparato de razonamiento para alcanzar ese fin. Ello podría ser verdad si los problemas fueran enfocados por una persona libre de nociones preconcebidas. Pero no lo es si se ven las cosas desde un enfoque histórico. La gran mayoría de los autores de filosofía del derecho han sostenido hasta hoy que el concepto "derecho vigente" no puede ser explicado sin hacer referencia a la metafísica. De acuerdo con este punto de vista el derecho no es simplemente un fenómeno empírico. Cuando decimos que una regla de derecho "rige" o "vale" nos referimos no sólo a algo fáctico, a algo que puede ser observado, sino a una "validez" de carácter metafísico. Se sostiene que esta validez es un puro concepto de la razón, de origen divino, o que existe "a priori" (independientemente de la experiencia) en

la naturaleza racional del hombre. Y eminentes filósofos del derecho que niegan tal metafísica espiritual, han considerado, empero, que la "validez" del derecho sólo puede ser explicada por medio de postulados específicos. La misma crítica al concepto de validez se pone de manifiesto también en estas palabras: "No se puede admitir una "validez" específica, ni en términos de una idea material "a priori" de justicia, ni como categoría formal. Las ideas de validez son construcciones metafísicas erigidas sobre una interpretación falsa de la "fuerza obligatoria" vivida en la conciencia moral. Como todas las otras ciencias sociales la ciencia del derecho tiene que ser, en último análisis, un estudio de fenómenos sociales, la vida de una comunidad humana; y la tarea de la filosofía jurídica debe consistir en la interpretación de la "vigencia" del derecho en términos de efectividad social, esto es, de una cierta correspondencia entre un contenido normativo ideal y los fenómenos sociales.

La teoría realista en su formulación más moderna plantea un problema totalmente distinto del que nos planteaba la Escuela histórica: aquí no nos hallamos ante la deducción del deber ser a partir del ser, de la validez a partir de la eficacia. No se afirma que el derecho es un conjunto de normas que son válidas porque son eficaces, sino que se dice que es un conjunto de normas eficaces.

Este modo de proceder no contradice desde luego los presupuestos de la moderna teoría de la ciencia. Por el contrario, el propio Ross recuerda que su teoría jurídica deriva de esos presupuestos: "el pensamiento que se halla en la base del realismo iusfilosófico está ligado al deseo de entender el conocimiento jurídico del derecho de acuerdo con las ideas sobre la naturaleza, problemas y método de la ciencia elaboradas por la moderna filosofía empirista".

Sin embargo, la teoría realista, al negar el concepto mismo de validez, contradice el contenido lógico del concepto de norma, porque negar la validez es tanto como negar que la norma contenga un deber ser, negar el concepto mismo de lo normativo. Una norma sólo es norma si es válida, esto es, si contiene un deber ser, si es una proposición prescriptiva, y no solamente descriptiva.

Negar el concepto de validez significa, en consecuencia, negar el concepto mismo de norma y con ello negar también la propia ciencia del derecho. El propio Ross es consecuente con este planteamiento cuando nos dice que el derecho no es una ciencia que se ocupa de normas, posición que sin embargo se ve contradicha por el propio Ross cuando reintroduce el concepto de norma y de deber ser en la definición de derecho que se recogía al final del apartado 3 de la lección I: un orden jurídico nacional es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales "debe" ejercerse la fuerza física contra una persona "Un orden jurídico está integrado, por tanto, por un conjunto de proposiciones relativas al deber ser, por un conjunto de "normas".

La teoría realista incurre así en una contradicción ya que por una parte niega el concepto de validez, pero por otra afirma que el derecho es un conjunto de normas. Y con ello nos muestra hasta qué punto la tarea de la ciencia del derecho consiste en clarificar el concepto de validez como algo distinto al mismo tiempo de la justicia y de la eficacia. Si se reduce la validez a la primera se está formulando un juicio de valor y si se reduce a la segunda se está negando el concepto mismo de norma, de deber ser.

7. El positivismo normativista.

A/ LA FUNDAMENTACION DE LA VALIDEZ EN OTRA NORMA. La denominación "positivismo" se apli-

ca a una multitud de escuelas y corrientes de la teoría jurídica que no es posible exponer aquí ni siquiera resumidamente. Por positivismo normativista, o simplemente normativismo, y también teoría pura del derecho, se entiende una concreta orientación, cuyo fundador y máximo exponente es Hans Kelsen (1881-1973), y cuya característica básica es llevar hasta sus últimas consecuencias lógicas los presupuestos de la moderna teoría de la ciencia y al mismo tiempo, a diferencia del realismo que acabamos de examinar, mantener en la noción de validez y en la diferencia entre ser y deber ser.

Si se admite que la validez no puede fundamentarse en los valores y que tampoco puede deducirse de los hechos, la única posibilidad que resta es "fundamentar la validez de la norma en otra norma". El criterio de la validez tiene que ser forzosamente interior al propio ordenamiento jurídico, tiene que ser otra norma del propio ordenamiento. Esta relación entre unas normas y otras queda patente en el ejemplo varias veces utilizado de la orden de alto dada por un guardia y la que proviene de un asaltante. En el segundo supuesto nos hallamos simplemente ante un proyecto subjetivo, ante el simple "hecho" externo y empírico de la orden formulada por el asaltante. No cabe hablar de una norma en sentido objetivo, de una norma que establezca un deber ser, de una norma válida, porque no existe norma alguna que respalde la conducta del asaltante. En el caso del guardia, por el contrario, nos hallamos ante una norma válida, no ante un simple hecho, porque en el ordenamiento jurídico existen una serie de normas que asignan a ese individuo ciertas facultades en ejercicio de las cuales da una orden concreta de detención. La existencia de las normas en cuestión transforma el mandato en algo más que un simple "hecho", lo convierten en una fuente de obligación jurídica. Se trata ya de un hecho normativamente cualificado, un hecho al que una norma confiere la cualidad de producir un efecto jurídico consistente en

la obligación de detenerse. Hablando con rigor, por tanto, lo que nos obliga a detenernos no es el hecho empírico de la voz de alto dada por el agente sino la norma que confiere a ese hecho unos determinados efectos jurídicos.

B/ LA JERARQUIA NORMATIVA. Este modo de resolver la cuestión de la validez, único posible para el positivismo, tiene importantes consecuencias para el análisis del derecho. En primer lugar, no todas las normas de un ordenamiento jurídico se encuentran en el mismo plano, sino que entre ellas existe una determinada "jerarquía". La norma que fundamenta la validez de otra es "superior" a ella, porque la norma inferior sólo existe como tal norma cuando es creada en las condiciones establecidas por la norma que le sirve de fundamento. A su vez esta norma tiene el carácter de tal en virtud de lo establecido en otra norma que es superior a ella. En el ejemplo anterior la orden del guardia constituye una norma porque ha sido dictada con arreglo a una multiciplidad de reglamentos de la Administración que, a su vez, han sido dictados de acuerdo con las leyes del Parlamento. La orden del guardia es jerárquicamente inferior al reglamento y éste es inferior a la ley. Existe, por tanto una jerarquía normativa, una gradación en el valor de las normas, y la estructura del ordenamiento resultante de esta jerarquización se conoce con el nombre de "pirámide jurídica", porque el número de normas del escalón inferior es siempre mayor que el del escalón superior, y así sucesivamente hasta llegar a una única norma situada en la cúspide, que sirve de fundamento a las demás.

C/ LA NORMA FUNDAMENTAL COMO HIPOTESIS LOGICA: Esta breve referencia a la llamada pirámide jurídica nos sitúa frente a la cuestión clave del normativismo jurídico. La respuesta a la pregun-

ta acerca de la validez de una norma nos remite a otra superior, pero es evidente que esta remisión de una norma a otra no puede en modo alguno ser ilimitada, no puede ser una progresión hacia el infinito; como ocurre en la relación entre normas sancionadoras, la remisión de una norma a otra en la cadena de fundamentación de validez ha de tener algún final, tiene que haber una norma fundamentadora de la validez de las demás pero "no fundamentada por ninguna otra", una norma que esté en la cúspide del ordenamiento jurídico positivo, una norma positiva básica.

La respuesta a la pregunta acerca de la validez de esta norma "positiva", "puesta", que se halla en la cúspide del ordenamiento, ya no puede ser evidentemente otra norma del ordenamiento, otra norma "puesta", esto es, tiene que ser una norma que se encuentre fuera del ordenamiento. En el ejemplo anterior la orden del guardia recibe su validez del reglamento de la Administración y éste la recibe de la ley que emana del legislador, y a su vez esta ley es válida en virtud de la norma que atribuye al legislador el poder legislativo, esto es, en virtud de la norma básica llamada "constitución". Si nos preguntamos en qué se fundamenta la validez de esta constitución ya no encontraremos otra norma positiva, puesta, que nos dé contestación a la pregunta. Quizá esta constitución es el resultado de otra anterior, pero aparte de que no siempre ocurre así, ya que hay constituciones revolucionariamente creadas, la remisión hacia el pasado acabará situándonos de todos modos ante una constitución originaria respecto de la cual volverá a plantearse la misma pregunta, y ya será imposible remitirse a otra norma positiva para explicar la validez de esa norma básica.

La única respuesta posible a la pregunta es situar el fundamento de la validez "fuera del ordenamiento jurídico". Las diversas doctrinas del derecho natural o del derecho divino han sido otras tantas respuestas que sitúan la validez del ordenamiento

fuera de éste. La doctrina del derecho divino de la monarquía absoluta, por ejemplo, tiene como tesis central la de que el poder ilimitado del rey, norma positiva básica, tiene su fundamento en la voluntad divina, que atribuye ese poder al monarca. Y lo mismo cabe decir de las doctrinas de la soberanía popular: el fundamento de la norma básica, de la constitución, es la voluntad del pueblo en quien reside la soberanía por derecho natural o por acuerdo entre todos los individuos libres. Todas estas respuestas a la cuestión de la validez sitúan el fundamento de ésta en una norma que está fuera del ordenamiento y que opera respecto de este como "norma fundamental". como norma que "fundamenta la validez del ordenamiento en su conjunto".

Es evidente, sin embargo, que todos estos modos de configurar la norma fundamental no son aceptables para una teoría del derecho que se atenga a los presupuestos de la ciencia moderna. Para el positivismo no existe más norma que la norma positiva y acerca de las demás no es posible decir nada científicamente. La norma fundamental es necesaria para fundamentar la validez del ordenamiento, pero no es posible decir nada acerca de su contenido, es simplemente una "hipótesis lógica" que nos permite fundamentar la validez del ordenamiento en su conjunto. La norma básica del ordenamiento, la constitución, es en realidad el resultado de una situación de hecho, de una situación de poder, pero no es posible fundamentar su validez en ese hecho, ya que no hay puente entre el ser y el deber ser. Para explicar por qué es válida la norma positiva básica tenemos que "suponer" que existe una norma que dice que es válida esa norma básica. Es necesario considerar esa norma positiva básica como si estuviese amparada por otra norma que le confiere validez. Esta otra norma no es una norma "puesta", sino una norma "supuesta", una "hipótesis lógica transcendental" al ordenamiento y necesaria para pensar este ordenamiento como válido. Dado que no podemos deducir la validez ni de los valores ni de los hechos, según hemos visto repetida-

mente, y dado que al mismo tiempo necesitamos el concepto de validez, nos limitamos a operar "como si" existiese una norma prepositiva que fundamentase esa validez.

C/ EL SIGNIFICADO DE LA VALIDEZ EN EL POSITIVISMO. El concepto de norma fundamental como hipótesis lógica del ordenamiento tiene, como es fácil suponer, una importancia clave en el derecho constitucional, lo que quiere decir que más adelante se volverá a insistir en él y se precisará su contenido. Ahora, sin embargo, es necesario recapitular lo dicho y hacer alguna observación complementaria para delimitar mejor el concepto de validez a que se ha llegado en esta exposición.

Para el positivismo normativista el problema de la validez del derecho recibe una respuesta diferente según se formule respecto de cada norma del ordenamiento o respecto de éste considerado en su conjunto.

La validez de cada norma se remite a las normas de rango superior, de modo que una norma es jurídicamente válida cuando es creada en las condiciones que establece otra de rango superior a ella. El conjunto de las normas de un ordenamiento jurídico se estructura jerárquicamente en diversos rangos, lo que se pone de manifiesto en la imagen de la pirámide. El ordenamiento mismo nos permite explicar por qué obligan sus normas, por qué tienen validez jurídica, y esto significa al mismo tiempo que respecto de cada norma en particular el problema de la validez queda por completo separado del problema de la justicia o injusticia, y del problema de la eficacia, y que el ordenamiento puede ser objeto de un estudio jurídico-positivo, de un estudio que utilice solamente criterios inmanentes al mismo.

De aquí se desprende que la "obligación" que esta-

blece cada norma es una obligación puramente jurídica, en absoluto una obligación moral. Cuando decimos que una norma es válida, que obliga, estamos afirmando simplemente que esa norma "pertenece al ordenamiento", que ha sido creada conforme a las condiciones de creación que se establecen en otras normas del mismo ordenamiento. Nada más. No se afirma que la norma obligue de algún otro modo. En el ejemplo tantas veces utilizado la orden del guardia no obliga moralmente ni más ni menos que la del asaltante o, dicho más exactamente, la ciencia del derecho no la considera válida porque obligue moralmente, sino tan sólo porque pertenece al ordenamiento jurídico, lo que no ocurre con la orden procedente del asaltante armado.

La cuestión de la validez recibe una respuesta distinta cuando se plantea respecto del ordenamiento en su conjunto, cuando la pregunta se refiera a la norma positiva básica sobre la que reposa la validez de las restantes normas. Si nos preguntamos por qué vale el ordenamiento jurídico en su conjunto, la respuesta no puede hallarse en otra norma jurídica exterior al ordenamiento, ya que no hay más derecho que el derecho positivo. El ordenamiento jurídico no extrae su validez de otra norma jurídica, lo que significa que la validez del ordenamiento no es en realidad una validez jurídica, sino lógica. En rigor no decimos que el ordenamiento jurídico es válido, sino que "suponemos" que es válido o, dicho en otros términos, aceptamos que es válido como hipótesis necesaria lógicamente pero al mismo tiempo indemostrable.

Todo esto significa evidentemente que el ordenamiento no sería considerado válido si no hiciésemos esa suposición, si no partiésemos de esa hipótesis de que es válido. La diferencia entre el ordenamiento jurídico del Estado y el de la banda de ladrones no radica en ninguna cualidad interna que haga válido el primero y no válido el segundo. Radica simplemente en que "al primero lo suponemos válido y al segundo no". Si no ha-

cemos esa suposición inicial, el Estado es simplemente una banda de ladrones. Hay que preguntarse, entonces, por qué hacemos esta suposición respecto del Estado y no la hacemos respecto de la banda de ladrones o de la organización guerrillera. La respuesta es que hacemos esa suposición "cuando" un ordenamiento es efectivo, cuando excluye la vigencia efectiva de cualquier otro ordenamiento.

Esto puede causar una cierta sorpresa, ya que hasta aquí se ha insistido en eliminar la eficacia como criterio para determinar la validez de la norma. ¿Cómo podemos decir ahora que el ordenamiento tiene que ser considerado válido cuando es eficaz? La contradicción, sin embargo, es sólo aparente, ya que lo que se mantiene no es que el ordenamiento sea válido "porque" es eficaz, sino que la presuposición de validez contenida en la norma fundamental sólo puede hacerse "cuando" el ordenamiento es eficaz. La eficacia no es la razón de la validez, sino la demostración de la existencia de un orden de coacción que, "si" ha de ser tratado como ordenamiento jurídico, ha de ser considerado "como si" fuese válido. La eficacia es sólo una "condición de la validez", como lo es la existencia misma de la norma en cuanto hecho empírico. La norma fundamental explica la validez de un ordenamiento efectivo, pero no la explica "porque" sea efectivo, sino "cuando" lo sea. Cuando no es efectivo no hay un ordenamiento cuya validez requiera explicación.

La eficacia, en consecuencia, desempeña aquí un papel totalmente distinto del que le corresponde en el realismo, y no sólo porque aparece únicamente como condición, y no como idéntica a la validez, sino también porque la eficacia está referida al ordenamiento considerado en su globalidad y no a las normas tomadas aisladamente. Respecto de éstas basta que haya un mínimo de eficacia, ya que en el caso de faltar ésta nos hallaríamos ante una desconexión de norma y sanción que demostraría la

inexistencia de la norma incluso como hecho empírico. El problema de la eficacia entra en juego tan sólo a la hora de preguntarse por la norma positiva básica del ordenamiento existente y por este considerado en su globalidad, pero pasa a un segundo plano al tratar el ordenamiento desde su interior, al considerar las normas que lo integran. Esta remisión de la eficacia al ordenamiento es su conjunto significa la posibilidad de fundamentar una ciencia del derecho atenida solamente a las normas, lo que no ocurre en el realismo jurídico en el cual el criterio determinante de la norma es sólo la eficacia. Para el realismo toda regularidad de comportamiento relativa al uso de la fuerza habría de ser considerada jurídica, y con ello desaparecen por completo las diferencias entre la ciencia del derecho y la sociología.

8. Justicia, validez y eficacia. Filosofía, ciencia y sociología del derecho.

a) A lo largo de las páginas anteriores hemos visto cómo el concepto de validez propio de la ciencia del derecho es el resultado de una progresiva depuración respecto del criterio de la justicia y respecto del criterio de la eficacia. Afirmar que una norma es válida es cosa distinta de afirmar que es justa o que es eficaz.

La ciencia del derecho se construye sobre el criterio de la validez tal como se ha expuesto antes, es decir, en ella se examinan las normas válidas, al margen de que sean justas o no, de que sean eficaces o ineficaces. La ciencia del derecho, por tanto, se ocupa de las normas consideradas en sí mismas, al margen de sus relaciones "externas", de sus relaciones con los valores, en concreto con el valor justicia, y al margen de sus relaciones con la sociedad. La argumentación jurídico-científica resulta así autónoma respecto de la argumentación que se mueve en esos otros dos planos. El objeto de la ciencia del derecho son las normas en cuanto tales y su función es la de sistematizar esas normas, examinar las

relaciones entre ellas, determinar su contenido, elaborar conceptos para su interpretación y aplicación. Se ha dicho a este respecto que la ciencia del derecho es una ciencia "obediente", ya que para ella el objeto viene dado, puesto, por el legislador y su función es la de examinar sin crítica el material normativo. La ciencia del derecho considera que le son por completo ajenas cuestiones tales como la justicia o injusticia de la norma, o el problema de su origen social, de su eficacia, de la función que cumple la norma en la sociedad, etc. La ciencia del derecho parte del sistema de normas tales como es, independientemente de cómo debería ser o de por qué y para qué es tal como es.

b) Esa limitación de la ciencia del derecho al derecho válido, al ordenamiento positivo, es ante todo una posición científica tendente a elaborar una metodología que permita un conocimiento del derecho tal cual es, sin aceptar puntos de vista que conduzcan a obscurecer el auténtico contenido de las normas. Se trata exactamente de la misma pretensión que mueve a la economía o a la sociología moderna, las cuales estudian sus objetos, la economía o la sociedad, presciendiendo por completo del problema de si las relaciones económicas o sociales que examinan son justas o injustas, es decir, prescindiendo de los juicios de valor que se puedan hacer respecto de su objeto.

Pero tal posición de la ciencia del derecho no significa en modo alguno negar que los problemas de la justicia y la eficacia sean relevantes, incluso de capital importancia. La ciencia del derecho, al restringir su objeto al derecho positivo, se limita a afirmar que las cuestiones de la justicia y de la eficacia no son sus problemas, sino que son objeto de otro tipo de saber distinto de la ciencia del derecho en sentido estricto: de la filosofía del derecho y de la sociología del derecho.

La "filosofía del derecho", al menos en uno de los sentidos posibles de esta expresión, se ocupa de las normas jurídi-

cas desde el punto de vista de los valores, es una consideración valorativa o axiológica del derecho. Y el positivismo jurídico en que se apoya la ciencia del derecho no niega en modo alguno que sea posible un conocimiento científico en el problema de los valores. Ciertamente no es posible formular juicios de valor, pero sí es posible examinar la estructura lógica de la idea de justicia, o de las diversas ideas de justicia, de libertad, etc. Por otra parte, aun cuando no sea posible formular científicamente juicios de valor, no por ello la cuestión pierde su relevancia. No sólo es necesario saber, como dice Kelsen en un pasaje ya citado, cuáles son las preguntas que podemos juiciosamente dirigir a la ciencia, sino que es necesario saber también que la ciencia no es la única forma del saber ni la única manera que tiene el hombre de relacionarse con el mundo. La filosofía del derecho, al margen de que sea o no científica, se ocupa de problemas capitales para la comunidad y situados siempre en el centro de la lucha política. La posición positivista que aquí se defiende no menosprecia en absoluto ese enfoque valorativo propio de la filosofía jurídica, sino que se limita a afirmar que tal enfoque valorativo no es cintíficamente útil para determinar en qué consiste el derecho, aunque sea imprescindible para determinar cómo debería ser o para enjuiciar críticamente el ordenamiento vigente.

El problema de la eficacia, tercer criterio posible de aproximación a las normas, es un problema propio de la "sociología del derecho". Pero hay que advertir que el problema de la eficacia tal como es considerado por la sociología del derecho no puede identificarse con el cumplimiento al que ya se ha hecho referencia varias veces. Una norma puede verse cumplida y, sin embargo, no ser eficaz desde el punto de vista sociológico. Cabe imaginar perfectamente, a modo de ejemplo, una reglamentación del tráfico rodado dirigida a garantizar su seguridad que, a pesar de obtener perfecto cumplimiento, no sea eficaz por no alcanzar su objetivo. Y lo mismo podría decirse de otras ramas del derecho, co-

mo son las normas de organización y funcionamiento de la administración o de la justicia. La llamada huelga de celo, de estricta observancia de las normas, pone de manifiesto que cumplimiento y eficacia no sólo no coinciden, sino que pueden entrar en abierta contradicción. El concepto de eficacia de la sociología del derecho es, en consecuencia, más amplio que el de cumplimiento: engloba éste, y por ello el problema de la norma eficaz es un problema de la sociología jurídica, pero ésta abarca también todo lo relacionado con la función de las normas en el sistema social. Por otra parte la cuestión de la eficacia no es en modo alguno el único tema de la sociología del derecho. Esta se ocupa en realidad de una cuestión mucho más general: la ordenación entre ordenamiento jurídico y sociedad. Junto a la cuestión de la eficacia la sociología jurídica se ocupa también del proceso de formación del derecho considerado desde los diversos ángulos posibles, económico, social, político, y dentro de ese epígrafe general se ha de incluir tanto el exámen de los procesos cuanto el de los grupos que intervienen en la creación jurídica, legisladores, jueces, funcionarios, etc.

La sociología del derecho es una ciencia relativamente joven y sometida hoy a un proceso de profunda tansformación. De sociología del derecho solo cabe hablar a partir del nacimiento de la sociología general, esto es, a partir de la mitad del siglo XIX. Y los nombres claves en la historia de la sociología jurídica son los mismos que aparecen en la sociología general: Saint-Simon, Comte, Marx, Durkheim, Weber, etc. Los enfoques clásicos de la sociología del derecho están sometidos a una profunda revisión a partir del funcionalismo. En esta orientación científica hay que citar la obra de Friedman y, sobre todo, la de Niklas Luhmann, que sin duda se sitúa hoy en el centro de la polémica sociológico-jurídica.

Respecto de la relación entre la ciencia del de-

recho y la sociología del derecho cabe decir lo mismo que se ha apuntado ya al mencionar la filosofía del derecho. Que la ciencia jurídica rechace el criterio de la eficacia como criterio válido para fijar el concepto de derecho y de norma jurídica no significa de ningún modo que considere irrelevantes las cuestiones de las que se ocupa la sociología jurídica, ni que niegue el carácter científico de ésta. Por el contrario, un entendimiento sociológico del derecho resulta capital para entender el origen y función de las categorías con las que ha operado tradicionalmente la ciencia jurídica y, por tanto, sirve eficazmente a la depuración de ésta. La crítica kelseniana a la ciencia jurídica tradicional apunta precisamente en esa dirección, y pone de manifiesto la función de esas categorías y de algunas construcciones que han apartado a la ciencia jurídica tradicional de su verdadero objeto y método. Por otra parte, la sociología del derecho es un instrumento básico en la creación de las normas, y no porque las categorías jurídicas puedan construirse sobre base sociológica, lo que resulta más que discutible, sino porque la investigación sociológica aporta una información imprescindible para la configuración de esa técnica social en que consiste el derecho.

En conclusión cabe decir, por tanto, que la diversidad de criterios de consideración de la norma jurídica, justicia, validez y eficacia da lugar a una tripartición de las ciencias jurídicas: filosofía del derecho, ciencia del derecho, sociología del derecho. Todas ellas son necesarias para comprender en su totalidad el fenómeno social del derecho, aunque sólo la ciencia del derecho puede determinar en qué consiste éste y cual es su contenido, mientras que las otras dos aportan una consideración externa del objeto. Se trata, cuando menos, de saberes complementarios, aunque esta afirmación dice realmente muy poco, ya que el verdadero problema que se plantea hoy a la ciencia del derecho es el de la posible unidad de los tres

saberes.

9.- Positivismo, iusnaturalismo y sociologismo en la crisis de la ciencia del derecho.

La separación de estas tres ramas de la ciencia jurídica en general y, por tanto, la constitución de la ciencia del derecho en el sentido estricto del término, son el resultado de un largo proceso histórico que practicamente no culmina hasta el siglo XX. Tradicionalmente el saber jurídico ha reposado sobre una mixtura de los criterios de la justicia, la validez y la eficacia, con un dominio claro del primero en el plano teórico-filosófico y del tercero en el terreno de la práctica. El derecho como saber formaba parte en el sistema aristotélico de la ciencia, del antíguo edificio de la llamada filosofía práctica integrado por la ética política y la economía y presidido no por el afán de lo que hoy llamaríamos descripción científica, sino por el de prescripción orientadora de la praxis humana, de la acción. La determinación del concepto de derecho se ha operado tradicionalmente a partir de criterios valorativos, morales, tal como hemos tenido ocasión de ver al exponer sucintamente las llamadas concepciones valorativas, y lo que hoy llamaríamos ciencia del derecho, un saber específico de juristas, estaba presidido, junto a esas mismas concepciones éticas, por una orientación práctica dictada por una búsqueda de la solución del caso en que la norma no era el único criterio y, con frecuencia, ni siquiera el más importante.

De este antiguo edificio de la filosofía práctica se desprenden como saberes autónomos primero la economía y luego la sociología, que se constituyen como ciencias en el moderno sentido del término, como ciencias que formulan leyes acerca de la realidad de sus objetos, y que consideran éstos con arreglo a las premisas del conocimiento científico

que se han ido exponiendo en este capítulo. La ciencia jurídica sigue ese proceso, aunque más lentamente, de modo que aún en la segunda mitad del siglo XIX Gierke puede criticar a sus contemporáneos por considerar un privilegio "el mantenerse en una atmósfera nebulosa en la que se desdibujan confusamente las fronteras entre la consideración jurídica y las especulaciones políticas, éticas o económicas". La depuración de la ciencia del derecho hasta adquirir sus perfiles modernos será la gran obra del positivismo jurídico del siglo XX, cuyos exponentes más importantes en el campo del derecho público son Gerber, Laband y Jellinek, antecesores del moderno positivismo de la escuela normativisma.

Esta evolución, sin embargo, no conduce a un resultado unánimemente aceptado, sino que la concepción aquí expuesta, esa ciencia jurídica en sentido estricto que considera ajenas las cuestiones de la justicia y la eficacia, se encuentra permanentemente sometida a crítica, y una parte notable de la obra de los juristas modernos, y de la práctica jurídica, transcurre por otros derroteros más o menos apartados de esa línea central. Junto a la concepción que separa justicia validez y eficacia perviven, a veces con notable fuerza, orientaciones que siguen identificando la validez con la justicia, o con la eficaci, esto es, pervivien orientaciones más o menos intensamente iusnaturalistas o sociologistas, con especial relevancia en el campo del derecho constitucional. Estas orientaciones iusnaturalistas o sociologistas no deben ser confundidas con la filosofía del derecho ni con la sociología de éste. Filosofía y sociología del derecho son expresiones que se utilizan para designar saberes distintos del de la ciencia del derecho, mientras que por iusnaturalismo y sociologismo se entienden aquellas orientaciones de la propia ciencia del derecho que identifican la validez con la justicia o con la eficacia, esto es, que definen el derecho a partir de posiciones filosóficas o so-

ciológicas. Se trata de orientaciones que pueden ser denominadas también reduccionistas en cuanto reducen el elemento validez a alguno de los otros dos.

La ciencia del derecho se halla así en una permanente crisis, cuyas causas son muy complejas, Existe, en primer lugar, una evidente dificultad teórica en el problema de la validez, dificultad originada, según hemos visto, por los presupuestos de la moderna teoría de la ciencia: separación radical entre ser y deber ser y exclusión de los juicios de valor. Estos presupuestos son objeto central del debate de la teoría de la ciencia y su negación, o la de algunos de ellos, es al mismo tiempo base suficiente para negar la concepción que aquí se expone y para proceder a alguno de los reduccionismos señalados. Tanto el iusnaturalismo como el sociologismo se apoyan en algunos casos en una crítica de esos presupuestos de la moderna teoría científica o, como ocurre en el caso concreto de Ross, en la negación. de la categoría de la validez como algo distinto de la vigencia

Además de tener que hacer frente a estos problemas teóricos, la construcción de una ciencia del derecho en el sentido estricto del término se ve sometida a ataques y críticas que tienen una base política. Al tratar los diversos aspectos del derecho constitucional veremos con algún detalle este problema, pero aquí es necesario hacer ya una breve referencia al mismo.

En lo que hace relación al iusnaturalismo, sus sucesivos "renacimientos" han tenido su origen en reacciones frente a los aspectos más despóticos y autoritarios de los Estados modernos, concretamente al término de las dos guerras mundiales, y de modo muy particular tras la segunda de ellas. El último renacimiento del iusnaturalismo tras la II Guerra mun-

dial se ha presentado como una reacción antiautoritaria, como una reacción frente al aniquilamiento de la persona humana por los regímenes fascistas y sobre todo por el nacionalsocialismo alemán. El núcleo de la tesis política del iusnaturalismo es que tales regímenes, y en general el despotismo del Estado moderno, son posibles por la ya mencionada "obediencia" que caracteriza a la ciencia del derecho moderna tal como aquí se expone, y que los juristas deben abandonar esa actitud acrítica, esa indiferencia de la ciencia jurídica hacia el valor justicia, para volver a situar ésta en la base de su saber.

Aquí no se puede entrar en el análisis de esta postura, pero sí conviene hacer un par de observaciones sobre la misma. No es cierto, en primer lugar, que el positivismo haya supuesto necesariamente esa criticada y criticable santificación del derecho positivo, ni que el positivismo excluye la posibilidad de una actitud crítica, aunque ésta tenga que quedar al margen de la ciencia jurídica en sentido estricto. Más bien fue la crítica antipositivista de los años 20 la que preparó el terreno a los regímenes autoritarios, y los juristas positivistas mantuvieron con frecuencia actitudes críticas ante ellos. Baste citar por todos el nombre de Kelsen. Ocurre además, y ésta es la segunda objeción, que en modo alguno puede decirse que el iusnaturalismo tenga siempre tal actitud crítica frente al poder. El iusnaturalismo cumplió esa función crítica tan sólo durante el siglo XVIII, frente a la monarquía absoluta y al Antiguo Régimen, pero se trata más bien de una época excepcional en la historia de la doctrina, que entonces sirvió para sentar las bases de la moderna sociedad capitalista. Anterior y posteriormente el isunaturalismo ha sabido contribuir también, y con no poca eficacia, a la santificación del orden social, del poder político y del ordenamiento jurídico. El iusnaturalismo ha considerado siempre que la existencia de derecho es consubstancial a toda sociedad humana, vulgaridad difícilmente soste-

nible, y en la misma línea ha afirmado siempre la naturalidad del poder y de su ordenamiento jurídico como necesarios para garantizar la paz la seguridad y el orden. El iusnaturalismo determina el concepto de validez a partir de la idea de justicia, y parece que eso habría de ser una buena plataforma para someter a crítica el ordenamiento positivo, a partir de su posible contradicción con el natural. Curiosamente los iusnaturalistas no suelen extraer esta consecuencia y más bien desembocan en la santificación del orden positivo a partir del primero.

En lo que se refiere al sociologismo, a los diversos sociologismos, la fundamentación política aparece menos claramente y su explicación se hace mucho más difícil. En términos generales, ya que aquí no es posible analizar de otro modo el problema, puede decirse que la cuestión clave que da origen al sociologismo es la relación entre norma y realidad. Es evidente que , considerada como un hecho, la norma nace de una determinada realidad y persigue unos fines respecto de ella. El ordenamiento jurídico reposa sobre un orden de cosas subyacente y además persigue un orden, tanto político como social en general. El ordenamiento jurídico es efectivamente "ordenamiento". Pero para la ciencia del derecho es ante todo ordenamiento "jurídico", lo que significa que el acento se pone en la autonomía de la norma, en la norma como tal, considerada con abstracción del orden subyacente y final. Y este poner el acento en la autonomía de la norma implica la posibilidad de contradicción entre ésta y la realidad, entre la norma y el substrato político o social de que nace o entre la norma y el fin que con ella se persigue. La ciencia jurídica, al poner a un lado la cuestión de la realidad social y política, abre la posibilidad de una aplicación de la norma distinta de aquella que se pretendía al crearla. La norma puede ser así una garantía contra el poder y no es de extrañar que los autoritarismos y dictaduras de todo cuño hayan sido siempre hostiles a los juristas,

y muy especialmente a los juristas positivistas. Tanto los teóricos nazis como los soviéticos fueron enemigos radicales de un positivismo cuyas "sutilezas" permitirían desviar la norma del fin para el que fue concebida.

Los diversos sociologismos son expresión de este intento de subordinar las norma a las instituciones sociales subyacentes, a los fines sociales o políticos a qı ˬ la norma debe su origen. En esas doctrinas se trata precisamente de introducir como criterios de la ciencia jurídica esa realidad; se trata de reducir el ordenamiento "jurídico" a "ordenamiento" a un orden del que la norma jurídica es solo forma de expresión.

Este objetivo político desempeña un papel secundario en la construcción de Ross, dominada sobre todo por una preocupación de rigor científico. Pero en cambio se hace evidente en una de las escuelas que cabe calificar como sociologista: el "institucionalismo" de los franceses Duguit y Hauriou y de los italianos Santi Romano y Mortati, a los que cabe añadir una de las fases de la evolución de la obra de Carl Schmitt. Esta escuela institucionalista no se ha citado antes, al tratar del sociologismo o realismo en relación con el problema de la validez, porque en ella la cuestión no aparece tratada con el rigor con que la afronta Ross. El institucionalismo se mueve más bien en una nebulosa confusión de ser y deber ser, de eficacia y validez, y por ello su importancia y significación no se dan precisamente en ese plano teórico, sino más bien en el del tratratamiento en ese plano teórico, sino más bien en el del tratamiento del material jurídico positivo, en su dogmática e interpretación.

Para el institucionalismo lo que caracteriza al derecho no es ser norma sino organización, estructura, posición de la sociedad en la que se desarrolla. El derecho, en consecuen-

cia, tiene que ser examinado a partir de la institución de la que nace, a partir de la sociedad organizada, entendiendo por tal tanto la sociedad en sentido amplio como la familia, la empresa, el Estado, la escuela, etc. Las normas son tan sólo la formulación de ese orden de esa organización, y por tanto deben ser tratadas desde ella y no como algo autónomo. La norma tiene un valor solo relativo y el auténtico derecho es el orden subyacente a ella.

No se puede poner en duda el rigor con que los institucionalistas han elaborado su obra, ni se puede negar que en ella se encuentran algunas de las aportaciones más importantes de la ciencia jurídica moderna. Pero el reconocimiento del valor interno de la obra no excluye la posibilidad de una crítica radical a su punto de partida. Y no sólo porque, como ya hemos visto, no se aclara la relación ser-deber ser, sino también porque su conocimiento de esa realidad institucional que se supone base de toda la construcción no suele pasar de ser simplemente mala sociología. El institucionalismo dice partir de esa realidad subyacente a la norma, pero los institucionalistas suelen aproximarse a ella con ojos de juristas, y no de sociólogos, de modo que su construcción no reposa sobre un análisis llevado a cabo con un metodo socilógico, tal como exigiría su punto de partida, sino que más bien en realidad se ve sometida a un recorte y aun tratamiento determinado previamente por los modos tradicionales de la dogmática jurídica y por valoraciones iusnaturalistas larvadas.

LECCION TERCERA

EL OBJETO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: LA CONSTITUCION

SUMARIO: 1.- El doble concepto de constitución: El concepto material y concepto formal. 2.- La creación de normas: A/ Aspectos fácticos y aspectos normativos en la creación de normas. Sociología y ciencia del derecho. B/ El concepto de "fuentes del derecho". 3.- Regulación y condicionamiento de la creación de normas: A/ Normas reguladoras de la creación de normas. B/ Normas condicionantes de la creación de normas. Pluralidad de formas, distribución de competencias y jerarquía normativa. C/ Relaciones entre jerarquía material y jerarquía formal. 4.- La constitución en sentido material: A/ La multiplicidad de conceptos de constitución en sentido material. B/ La materia constitucional. C/ La constitución en sentido material como norma y la constitución material. D/ El contenido de las normas materialmente constitucionales: normas orgánico-procedimentales o adjetivas y normas de contenido o substantivas. E/ La posición jerárquica de las normas materialmente constitucionales.

1. El doble concepto de constitución:

Todo intento de determinar cuál es el contenido del derecho constitucional debe partir de un análisis del doble significado que se suele atribuir a la palabra con la que se define su objeto: la Constitución. Este término se entiende habitualmente

en un doble sentido, material y formal, y así se habla de concepto material o concepto formal de constitución y de constitución en sentido material o en sentido formal. Esta terminología no es quizá muy afortunada, dado que los términos material y formal son equívocos, pero se trata de un modo de expresarse de uso muy generalizado, aceptado incluso por sus críticos, e intentar sustituirlo por otro sería una fuente de confusiones.

Se habla de constitución en sentido material, es decir, se opera con un concepto material de constitución, para referirse a un conjunto de normas caracterizadas por regular una determinada materia. Cual sea esa materia considerada constitucional es cosa que varía según las diversas concepciones; según la que se va a desarrollar aquí la constitución en sentido material está integrada por las normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del Estado o, lo que es lo mismo, son materialmente constitucionales las normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del Estado.

El concepto formal de constitución toma como punto de partida un elemento distinto: la existencia de una ley dotada de ciertas características formales, a la que se denomina constitución, ley constitucional, ley fundamental, o algo similar. En la práctica totalidad de los Estados del mundo existe una ley de ciertas características formales, elaborada con frecuencia por unos procedimientos distintos de los ordinarios, y promulgada con especial solemnidad. En muchos casos esa ley se denomina expresamente constitución, y en otros se utiliza, por las razones que sea, una terminología distinta. Este segundo es el caso de la República Federal de Alemania, cuya norma constitucional se denomina Ley Fundamental, y era también el de España en el

anterior régimen, cuyo orden constitucional estaba integrado por las Leyes Fundamentales.

En la actualidad existe en España una norma de estas características, denominada CONSTITUCION ESPAÑOLA, aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de Octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de Diciembre, sancionada por S.M. el Rey ante las Cortes el 27 de Diciembre y publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 29 del mismo mes y año, entrando en vigor en el mismo día de su publicación.

En la acepción formal el término constitución se utiliza, por tanto, para referirse a una clase especial de leyes caracterizadas por determinadas notas formales que precisaremos al estudiar el concepto.

En principio la ciencia del derecho constitucional se ocupa de las normas materialmente constitucionales, esto es, de aquellas que se caracterizan por regular una determinada materia que, con arreglo al concepto que se utiliza aquí, es la creación de normas por los órganos superiores del Estado. Esta materia se delimita completamente al margen del concepto formal, esto es, con independencia de que tales normas estén o no incluidas en la constitución formal, e incluso al margen de que ésta exista o nó. Con ello se sigue el criterio que impera en las demás ramas del derecho, por ejemplo civil, penal, etc., en las cuales las normas que han de ser objeto de estudio no se seleccionan por su pertenencia a este o aquel texto legal, sino por sus características de contenido.

Ahora bien, el derecho constitucional no se ocupa tan sólo de las normas materialmente constitucionales, sino

que, en el caso de existir una constitución formal, debe tener en cuenta la totalidad de las normas que la integran, sean o no materialmente constitucionales. Ello se debe a que la existencia de la ley constitucional, de la constitución escrita, no obedece tan sólo al deseo de sistematización que llevó a la redacción de los códigos, sino que se debe a razones más profundas, ligadas a la estructura misma del derecho moderno, y tiene una capital importancia respecto del valor de las normas. Por ello el concepto formal de constitución es por completo imprescindible para el derecho constitucional.

Aquí vamos a ocuparnos sucesivamente de los conceptos material y formal, para tratar de determinar el contenido de cada uno de ellos y las relaciones que guardan entre sí. Pero es necesario que, como introducción, nos ocupemos antes del fenómeno de la creación de normas y de los diversos modos en que la creación normativa puede estar a su vez normada, y es necesario hacerlo así, porque, según veremos, los dos conceptos de constitución tal como aquí se definen guardan una íntima relación con este problema.

2.- La creación de normas:

A/ ASPECTOS FACTICOS Y ASPECTOS NORMATIVOS EN LA CREACION DE NORMAS. SOCIOLOGIA Y CIENCIA DEL DERECHO.- Las normas que integran un ordenamiento jurídico son, evidentemente, creación de los hombres, normas puestas por actos humanos dirigidos consciente o inconscientemente a crear reglas de conducta. La norma es resultado de un conjunto, a veces muy complejo, de actividades humanas cuyo producto final es la creación de la regla jurídica. Así, por ejemplo, unos individuos reunidos en un Parlamento proceden a aprobar por votación, tras una discusión, una determinada

ley que, una vez promulgada, obliga a los individuos sometidos al ordenamiento jurídico del que la norma forma parte. Y esos individuos dotados de la cualidad de parlamentarios pertenecen a partidos políticos, o están vinculados a grupos sociales varios, a empresas, sindicatos, iglesias, etc., o simplemente a intereses más o menos organizados, que sin duda influyen, en mayor o menor medida, en la adopción de sus decisiones en cuanto parlamentarios. Esos individuos operan, además, dentro de un contexto social en el que están presentes ciertas concepciones políticas, ciertos valores o simplemente ciertas actitudes. Todos esos factores, además de actuar sobre esos individuos, a los que corresponde la aprobación de la ley, operan también para determinar qué cuestiones van a ser objeto de normación y cuales son las soluciones posibles. Un parlamento se plantea el problema del divorcio, o del aborto, o del derecho de sociedades anónimas, porque una serie de factores sociales han hecho necesario que se aborde el problema en un determinado momento.

La creación de una norma es, por tanto, resultado de un conjunto muy complejo de elementos y factores. Junto a los parlamentarios del ejemplo hay que situar a los demás individuos que influyen sobre ellos y a todo ello hay que añadir el conjunto de datos que operan sobre unos y otros. Paralelamente, el conjunto de los actos que los parlamentarios llevan a cabo en el parlamento constituye un proceso que forma parte de otro más amplio, integrado por todas las acciones que dan lugar a que se plantee el problema a resolver y que influyen en mayor o menor medida sobre la solución que reciba. La discusión y aprobación de una ley en el órgano legislativo va acompañada generalmente de una serie de actividades de los grupos interesados que manifiestan su opinión y tratan de influir en la medida de lo posible.

Ahora bien, dentro de este conjunto de facto-

res, sujetos, actos, etc., es necesario hacer una distinción de capital importancia: la distinción entre el proceso real de creación de la norma considerado en su conjunto y aquellos aspectos del mismo que son jurídicamente relevantes. En el ejemplo que venimos utilizando sólo la voluntad de los parlamentarios cuenta desde un punto de vista jurídico. Si los demás sujetos y grupos tratan de influir sobre ellos se debe precisamente a que sólo a los parlamentarios corresponde jurídicamente adoptar la decisión final, mientras que la voluntad de los demás sujetos es, en cuanto tal y por sí misma, jurídicamente irrelevante. Y del conjunto de los actos que integran el proceso mencionado sólo es jurídicamente relevante una parte, los actos llevados a cabo por los parlamentarios en el parlamento; el resto, mítines, manifestaciones, artículos en la prensa, reuniones, etc., no tiene por sí mismo ningún efecto jurídico.

Esta distinción entre los sujetos y los actos jurídicamente relevantes y aquellos que no lo son es posible, obviamente, porque existen normas que determinan quién puede crear normas y cómo puede hacerlo. Así el art. 66 de la Constitución española establece en su párrafo 2 que "las Cortes generales ejercen la potestad legislativa del Estado". los artículos 67 y siguientes señalan quienes integran esas Cortes y los procesos y condiciones para adquirir la cualidad de Diputado o de Senador, y los artículos 81 y siguientes regulan el procedimiento de elaboración de las leyes. Del conjunto de sujetos y actos que conducen a la adopción de una determinada decisión que se convierte en norma sólo son juridicamente relevantes aquellos sujetos y aquellos actos en los que concurran los requisitos que establece la Constitución en esos artículos.

Todo esto quiere decir que la creación de normas es un proceso que está a su vez sometido a normas. Todo ordenamiento jurídico contiene normas reguladoras de la crea-

ción de normas, esto es, normas que establecen que determinados supuestos de hecho tienen como efecto crear normas o, dicho a la inversa, normas en las que se establece qué supuestos de hecho deben darse para que se cree válidamente una norma jurídica. Tales normas regulan, por tanto, quién puede crear normas y cómo debe desarrollarse su actividad para producir ese efecto. Del conjunto de los sujetos y actos que intervienen en el proceso real considerado en su totalidad, el ordenamiento jurídico cualifica a determinados sujetos y determinados actos, y sólo a ellos, atribuyéndoles el poder jurídico de crear normas. El proceso de normación, de creación de normas, es a su vez un proceso sometido a normas, un proceso normado.

Esta dualidad de aspectos en el proceso de creación de normas nos indica también que es posible una dualidad de puntos de vista a la hora de examinar dicha creación. Es posible considerar el proceso en su totalidad, es decir, teniendo en cuenta todos sus aspectos, al margen de cual sea la calificación jurídica de los elementos que lo integran. Pero es posible también ocuparse tan sólo de aquellos sujetos y actos que están cualificados por esas normas como productores de normas, como creadores de derecho, de aquellos sujetos y actos que son jurídicamente relevantes. La primera de las perspectivas es la de la sociología del derecho, la segunda es la de la ciencia jurídica en sentido estricto, como ciencia que se ocupa únicamente de normas.

La sociología del derecho se ocupa de la creación de derecho, del origen de las normas, considerando el proceso que lleva a éstas como un proceso causal, lo que significa que son relevantes todos los datos que influyen realmente en la adopción de la decisión final. El estudio de la creación de normas, o de una norma en concreto, implica desde el punto de vista de la sociología del derecho la necesidad de ocuparse

de cuestiones como las características sociales y políticas de los parlamentarios, los intereses en juego, los grupos que los representan y su respectivo poder, etc. A este enfoque responden por ejemplo los estudios sobre las causas de la abolición, del restablecimiento de la pena de muerte, de la despenalización del aborto, del reconocimiento del divorcio, o de la regulación de la enseñanza, por citar ejemplos de cierta actualidad.

Por el contrario, para la ciencia del derecho en sentido estricto la cuestión se plantea de modo distinto.Aquí no se trata de examinar el proceso causal, los hechos y realidades origen de las normas, sino tan sólo las normas con las que el ordenamiento regula la creación de normas, y los hechos y sujetos interesan sólo en la medida en que estén cualificados por aquellas normas, al margen por completo de su efectiva importancia en el proceso que condujo a la adopción de la decisión final. El punto de vista de la sociología jurídica puede ser útil para explicar globalmente el fenómeno, pero es irrelevante para captarlo en sus dimensiones jurídicas. La ciencia del derecho, en éste como en otros problemas, se ocupa sólo de normas y de realidades cualificadas como jurídicas por esas normas.

B/ EL CONCEPTO DE "FUENTES DEL DERECHO".- Todo lo dicho hasta aquí, nos permite afrontar el problema de significado a atribuir a la expresión "fuentes del derecho", de uso común en la doctrina jurídica sobre la materia.

Por fuentes del derecho se suelen entender dos cosas distintas. Se habla de fuentes del derecho, en un primer sentido, para referirse al conjunto de factores que conducen efectivamente a la creación de normas. En ese sentido las fuentes del derecho son lo que podríamos llamar el origen real y

efectivo del que proceden las normas jurídicas. Se trata, evidentemente, de los sujetos, actos y grupos a los que se hacía referencia antes, al tratar del proceso real de creación normativa. Este concepto de fuentes del derecho cae lógicamente fuera de la consideración propia de la ciencia jurídica tal como se exponía en páginas anteriores y, con arreglo a la concepción subyacente a ese criterio, su estudio corresponde a la ciencia sociológica, en concreto a la sociología del derecho.

De fuentes del derecho se habla también en un segundo sentido para referirse al conjunto de los sujetos o de los actos a los que el ordenamiento jurídico atribuye la facultad de crear normas. En este caso se habla de "fuentes de producción", concepto que engloba el conjunto de los datos cualificados por el ordenamiento, esto es, el conjunto de los datos cualificados por las normas que regulan la creación de normas.

Dentro del sentido estrictamente jurídico de la expresión "fuentes del derecho" se encuentra también aquél en el que la expresión designa no los hechos cualificados sino las normas que los cualifican, esto es, las propias normas reguladoras de la creación de normas. En este caso se trata de "fuentes sobre la producción" porque el concepto engloba las normas relativas a la producción y no los hechos a través de los cuales ésta tiene lugar.

Por último la expresión "fuentes del derecho" se utiliza también para referirse a las formas a través de las cuales se expresa la norma jurídica. En efecto, las normas jurídicas pueden crearse utilizando formas de manifestación distintas, cuya importancia varía según los ordenamientos. Así es posible que la norma se cree bajo la forma de ley, o bajo la de

sentencia, en los ordenamientos que reconocen a los jueces a la facultad de crear derecho, o en la forma de costumbre o, incluso a través de las opiniones doctrinales de los juristas, en aquellos sistemas que reconocen valor normativo a la ciencia jurídica. En esta última acepción la palabra "fuentes" no se refiere, por tanto, al origen de la norma, sino al modo a que ésta se expresa, por lo que en tal caso se puede hablar mas bien de formas del derecho.

En este último sentido utiliza la expresión fuentes el párrafo primero del art. 1 de nuestro Código Civil, que dispone que "las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho". En este precepto la expresión fuentes del derecho se utiliza para referirse a las formas de manifestación de las normas jurídicas.

La exprèsion ley es utilizada aquí en un sentido muy amplio, prácticamente equivalente a derecho escrito.

De todos los sentidos en los que se utiliza la palabra fuente el más preciso es el segundo, como fuentes sobre la producción, y de éstas dependen también las fuentes de producción y las fuentes como forma de manifestación de las normas. Las fuentes sobre la producción no son, en efecto, otra cosa que normas reguladoras de la producción de normas. De ellas depende, en primer lugar, la cualificación de ciertos sujetos y de ciertos actos como creadores de normas, esto es, su cualificación como fuentes de producción. Una fuente sobre la producción es, por ejemplo, el ya citado art. 66 de la Constitución que otorga a las Cortes Generales la potestad legislativa, o los preceptos en los que se regulan los decretos legislativos y los decretos leyes. Y de esas fuentes sobre la producción

despende también, en segundo lugar, la determinación de las formas de manifestación de las normas. Las llamadas fuentes sobre la producción establecen cuales son las formas de producción, las formas que deben adoptar las normas creadas por las fuentes de producción. Cada una de estas formas, además. guarda relación con los diversos sujetos y actos de creación normativa, de modo que el ordenamiento, las fuentes sobre la producción o normas reguladoras de la creación de normas, determinan qué sujetos podrán o deberán utilizar cada una de las formas previstas y cuáles son los procedimientos que requiere cada una de ellas. Esta fijación de las formas permite, además, una jerarquización entre ellas o, dicho en otros términos, permite utilizar el criterio de las formas para estructurar jerárquicamente el conjunto de las normas que integran un ordenamiento. Así el párrafo segundo del citado artículo del Código Civil dispone que "carecerán de validez las disposiciones qũe contradigan otra de rango superior", y, según veremos, ese rango está ligado a la forma de expresión de las normas, y no a su contenido o importancia material.

3. Regulación y condicionamiento de la creación de normas.

Para precisar qué significa la expresión "normas reguladoras de la creación de normas" hay que alcanzar los diversos modos en que la creación de una norma puede verse sometida a normas. La creación normativa no sólo está sometida a lo dispuesto en las normas que regulan especificamente ese proceso, sino que puede estar sometida también a otras normas que, aún sin regular la creación, la condicionan de un modo u otro. Se hace necesario, por tanto, distinguir entre normas que regulan la creación de otras normas y normas que la condicionan, aunque su objeto no sea regularla.

A/ NORMAS REGULADORAS DE LA CREACION

DE NORMAS.- En puridad la expresión normas reguladoras de la creación de normas tiene que reservarse a aquellas normas cuyo contenido propio es regular la creación de otras. Este es el caso, por ejemplo, de las normas contenidas en los artículos 129 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, en los cuales se regula el "procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general" por la Administración; es también el caso de las leyes de Enjuiciamiento, Civil o Criminal, que establecen los procedimientos para regular ese tipo especial de norma que es la sentencia judicial.

Tales normas, como las demás, establecen una conexión entre un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. La consecuencia es aquí el nacimiento de una norma, y el supuesto de hecho es el conjunto de actos que deben tener lugar para que se produzca esa consecuencia, en lo que hay que incluir todos los requisitos que tales actos deben cumplir. Las normas establecen así, quienes pueden realizar tales actos de creación normativa, qué procedimientos deben seguir, cual es el contenido posible de tales actos, etc. En sentido estricto, por tanto, las normas reguladoras de la creación de normas son aquellas cuyo contenido es precisamente la creación normativa, la determinación de los sujetos habilitados para ella, de los procedimientos y de los contenidos de esa creación.

Las normas reguladoras de la creación de normas son lógicamente el fundamento de la validez de estas últimas, de aquellas cuya creación regulan. Si llamamos a las primeras normas A y a las segundas, cuya creación se regula, normas B, el fundamento de la validez de las normas B se halla en las normas A, lo que significa que las normas B sólo son válidas, esto es, sólo son realmente normas, si han sido creadas de acuerdo con lo prescrito en las normas A. Al decir, por tanto, que unas normas regulan la creación de otras se afirma que son el funda-

mento de la validez de éstas, las cuales a su vez les están lógicamente subordinadas, ya que su validez sólo puede derivar de las normas que regulan su creación.

B/ NORMAS CONDICIONANTES DE LA CREACION DE NORMAS. PLURALIDAD DE FORMAS, DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS Y JERARQUIA NORMATIVA.- Según hemos indicado, la creación de normas no sólo se encuentra sometida a aquellas normas que tienen como contenido propio el regular esa creación, sino que se puede encontrar también sometida a otras normas que la condicionan, por cuanto la creación de normas debe respetarlas, so pena de no producir el efecto pretendido, el nacimiento de una norma jurídica. Esta posibilidad deriva del uso de una técnica consistente en la jerarquización formal entre normas.

Una norma es jerárquicamente superior a otra cuando esta última no puede derogarla, o modificarla, pero puede ser derogada o modificada por ella. La jerarquía, por tanto, supone la presencia de dos requisitos: que una norma, a la que se llamará "inferior", no pueda derogar a otra, pero que pueda ser derogada por ella, por la norma "superior".

Esta relación de supra y subordinación entre normas puede deberse a la jerarquía lógica, o material, y a la jerarquía formal o jurídico-positiva.

Existe jerarquía lógica o material cuando la superioridad de una norma sobre otra se debe a que el contenido de la primera es precisamente la creación de la segunda, subordinada lógicamente a ella. La validez de esta segunda depende, como acabamos de indicar, de que se acomode en su génesis y contenido a lo prescrito en la primera, y de no producirse tal concordancia la norma en cuestión sería nula,

esto es, no sería en realidad una norma juridíca. La relación de subordinación de una norma a otra es aquí en realidad una relación de dependencia lógica, porque una norma no puede ser pensada sino a partir de otra que regula su creación.

Esta jerarquía lógica se da en todas las normas que regulan la creación de otras y deriva de su propio contenido; se trata de una jerarquía lógica o material que existe al margen de lo que disponga el derecho positivo respecto de las relaciones de derogación entre normas.

La jerarquía formal, por el contrario, no depende del contenido de las normas ni deriva de las relaciones lógicas entre ellas, sino que se debe a que el propio derecho positivo establece una relación de subordinación entre diversas formas de manifestación de la norma, entre diversas "fuentes" del derecho entendidas las fuentes como formas. Por ello se habla aquí de una jerarquía formal, porque se da entre formas, y jurídico-positiva, porque viene establecida por el propio derecho positivo.

Salvo en los casos de una extrema simplicidad, que pertenecen a la protohistoria del derecho, todos los ordenamientos jurídicos distinguen diversas formas de creación normativa, diversas formas de manifestarse la norma. Esta variedad de formas de producción jurídica puede ir a compañada de la ausencia de normas que determinen la relación entre las diversas formas, de modo que una norma elaborada en cualquiera de las formas podría derogar a otra elaborada en cualquier otra forma. Esta situación de indefinición se da en fases en las que la pluralidad de formas corresponde a una pluralidad de sujetos o poderes políticos que luchan entre sí sin que sus relaciones mutuas estén determinadas y establecidas. Así ocurre, por ejemplo, en el largo período de surgimiento del Estado moderno, período

en el que no está bien definida la fuerza de la ley frente a la costumbre o frente al derecho de creación judicial. En tales supuestos las diversas formas se hallan simplemente yuxtapuestas y faltan tanto una distinción de las materias propias de cada una como una jerarquización entre ellas.

En los ordenamientos modernos, sin embargo, la pluralidad de formas se corresponde con la estructuración orgánica del Estado y el propio ordenamiento establece cuales son las relaciones entre ellas. Estas relaciones pueden ser de dos tipos: distribución de competencias y jerarquización formal.

Hay una distribución de competencias entre formas cuando el ordenamiento jurídico asigna a las diversas formas un campo propio y exclusivo, en el que no pueden incidir las normas creadas de otra forma distinta. Así el actual derecho constitucional francés reserva un terreno a la ley y otro al reglamento, y en los Estados federales se reserva un campo de competencias a la ley federal y otro a la ley propia de los Estados miembros. En nuestro derecho constitucional esta distribución horizontal de competencias se pone de manifiesto en la distribución que establecen los artículos 148 y 149 entre las materias propias del Estado y las propias de las Comunidades Autónomas. Las leyes del Estado no podrán contradecir lo dispuesto en las leyes de las Comunidades Autónomas y las de las Comunidades Autónomas guardan la misma relación con las del Estado, ambas en sus respectivos campos. Lo mismo puede decirse de la reserva de ciertas materias al reglamento parlamentario (art. 72). En este caso la ley no podrá contradecir lo dispuesto en el reglamento ni éste podrá ocuparse de otras materias que las que le están expresamente asignadas.

La relación, por el contrario, es de jararquía formal cuando el ordenamiento jurídico establece que una norma

no podrá contradecir lo dispuesto en otra, pero ésta a su vez no tiene un campo competencial propio, de modo que sí puede derogar a aquélla. La jerarquía formal exige, por tanto, dos requisitos. El primero de ellos es que una norma no pueda contradecir lo dispuesto en otra, so pena de nulidad. Pero este requisito por sí solo no basta para caracterizar la jerarquía formal, ya que también se da en la distribución de competencias, según acabamos de ver al examinar las relaciones entre la ley del Estado y la de las Comunidades Autónomas o las relaciones entre ley y reglamento parlamentario. Para que se dé la jerarquía es necesario un segundo requisito: que una norma, que será superior, pueda derogar a la otra, la inferior. Tratándose de una relación entre formas es preciso que una de las formas, la superior, no esté limitada a una determinada materia, lo que implica que puede extenderse a cualquier campo, y por ello derogar lo que en él hayan dispuesto otras normas, inferiores. No existiría jerarquía normativa entre dos clases de normas si, aún estando vedado a una de ellas contradecir lo dispuesto en otra, sin embargo esta segunda clase estuviese limitada a una determinada materia, de modo que no pudiese contradecir lo dispuesto por las normas del primer tipo fuera de ese campo. En tal caso ambas normas estarían en pie de igualdad. Para que se pueda decir que una norma es superior a otra no basta con que ésta no pueda derogarla, es necesario también que pueda ser derogada por la primera.

La esencia de la jerarquía formal radica en que se atribuye prioridad a una forma, por ejemplo a la ley aprobada por el órgano legislativo, sea cual sea la materia que se regule. Esto es desde luego compatible con que a dicha forma se le asigne una materia como reservada en exclusiva, de modo que las demás formas no puedan intervenir en ella. Aquí no se trata de que esa clase de normas, la ley por ejemplo, quede limitada a una determinada materia, sino de que esa mate-

ria no puede ser normada de otro modo que bajo esa forma, la cual puede, sin embargo, ocuparse de materias distintas. En el caso típico, la llamada reserva de ley, se trata de que ciertas materias quedan reservadas a la ley, no de que la ley quede reservada a ciertas materias.

Este esquema aparece claramente en nuestro ordenamiento. La Constitución establece en el art. 9, párrafo 3, el principio de la jerarquía normativa. El Código Civil, en su art. 1, apartado segundo, afirma que carecen de validez las disposiciones que contradigan otra de rango, superior, y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado concreta en su art. 26 que "la Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes". Pero lo que caracteriza a la ley como norma de rango superior a esas disposiciones que no pueden contradecirla no es sólo eso, sino el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico la ley no está reservada a ninguna materia. La Constitución contiene una gran cantidad de reservas de ley, por ejemplo, cuando en su art. 53.1 establece que sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades, pero en cambio no contiene ninguna disposición que limite el campo de la ley, con las solas excepciones de la materia de reglamento parlamentario y de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

C/ RELACIONES ENTRE JERARQUIA MATERIAL Y JERARQUIA FORMAL.- Para acabar de captar la diferencia entre jerarquía material y jerarquía formal, especialmente importante para comprender la dualidad de conceptos de constitución, es necesario aclarar que ambas jerarquías no coinciden.

La jerarquía material no se traduce necesariamente en jerarquía formal y esta puede aplicarse a normas que no

guardan entre sí ninguna relación de jerarquía lógica, sino que desde ese punto de vista se encuentran en un plano de igualdad. Es perfectamente posible que las normas reguladoras de la creación de normas, lógicamente superiores, no lo sean sin embargo en el plano de la jerarquía formal. De este modo las normas lógicamente inferiores podrán, desde el punto de vista del derecho positivo, modificar las lógicamente superiores. En tal caso el único efecto será un problema meramente teórico al que nos referiremos después. Por su parte, la jerarquía formal, como la distribución de competencias, es una técnica aplicable a cualquier tipo de normas independientemente de la relación lógica que esas normas guarden entre sí. El ordenamiento puede disponer que todas las normas que revistan una determinada forma, por ejemplo, la ley, sean superiores a las restantes, aunque en lo que se refiere a su contenido no exista ningún género de prioridad lógica. La jerarquía formal puede utilizarse sin duda para traducir a términos jurídicos la jerarquía lógica, pero se utiliza también al margen de esa circunstancia, para establecer una jerarquización entre órganos o para reservar determinadas materias a determinado órgano, por ejemplo en la reserva a la ley de la regulación de los derechos fundamentales, con lo que se pretende que éstos queden a salvo de la libre disposición de la Administración Pública. Con la jerarquía formal se trata en cualquier caso de reconducir a unidad la pluralidad de las fuentes de producción y en especial de asegurar la subordinación entre órganos, del mismo modo que con la distribución de competencias en el plano territorial se trata de mantener al mismo tiempo la unidad del ordenamiento jurídico y su descentralización.

4.- La constitución en sentido material.

La diferencia establecida hasta aquí entre las normas reguladoras de la creación de normas y las normas que simplemente condicionan esa creación, en virtud de la superio-

ridad jerárquica formal, coincide con la diferencia entre los dos conceptos de constitución, material y formal. La constitución en sentido material está integrada por el conjunto de las normas cuyo contenido es la regulación de la creación de normas por los órganos superiores del Estado. La constitución en sentido formal, por el contrario, se define por la existencia de una forma especial a la que va ligada una posición jerárquicamente superior de las normas que revisten esa forma, sea cual sea su contenido. Empecemos por desarrollar el concepto de constitución en sentido material sobre la base de estas precisiones.

A/ LA MULTIPLICIDAD DE CONCEPTOS DE CONSTITUCION EN SENTIDO MATERIAL.- La determinación de lo que se ha de entender por constitución en sentido material es una cuestión muy debatida a la que se han dado respuestas muy distintas. Para intentar aclarar el problema y para explicar las diversas soluciones que ha recibido conviene tener en cuenta que cualquier concepto de constitución presupone una determinada orientación científica general, una determinada concepción del derecho, y en algunos casos una ideología política.

Una buena parte de los conceptos de constitución están construidos a partir de una perspectiva sociológica, externa al ordenamiento, fundamentalmente a partir de la función que cumple la constitución respecto del Estado o respecto de las relaciones entre el sistema político y el sistema social. Esto es evidente, y por lo demás lógico, en aquellas concepciones que se insertan directamente en la sociología política o en la sociología del derecho, como la clásica construcción de Lasalle. Pero la misma carga sociológica se pone de manifiesto también en conceptos de constitución que se inscriben en construcciones jurídicas, como ocurre cuando la constitución se define como la norma fundamental que reconduce a unidad

estatal la pluralidad de fuerzas y valores políticos, o cuando la constitución se concibe como la norma que regula el procedimiento de integración estatal (Smend) o, mas simplemente, cuando se dice que la constitución es el conjunto de las normas políticamente fundamentales, definición muy habitual en España cundo se trata de determinar el objeto del Derecho Político.

En todos estos casos nos hallamos ante lo que podríamos llamar definiciones sociológico-políticas. Se basan sin duda en la materia regulada por las normas constitucionales, pero atienden tan sólo a la función política o social de esa materia. Y esto realmente no dice nada acerca del contenido de las normas ni nos permite obtener un criterio para diferenciar las normas constitucionales de las demás que integran el ordenamiento jurídico. La "integración", por ejemplo, considerada finalidad propia y específica de las normas constitucionales, no parece ser un carácter exclusivo de ningún sector del ordenamiento y puede tener como importantísimo vehículo, por ejemplo, normas de derecho administrativo. Y lo mismo podría decirse, quizá con mas razón aún, del carácter políticamente fundamental que se supone específico del derecho constitucional.

Para otra serie de definiciones la constitución es el conjunto de normas relativas a los elementos integrantes del Estado y a su unidad, a la dirección del Estado, a la posición del ciudadano en el mismo, etc. Este modo de caracterizar el derecho constitucional desde luego toma como punto de partida el lugar que ocupan en el ordenamiento las materias reguladas por las normas constitucionales, y no sólo su supuesta importancia política. Se considera que lo definitorio de las normas constitucionales es que en ellas se regulan las instituciones básicas del Estado y del ordenamiento jurídico, las ins-

tituciones sobre las que reposa todo el sistema. La configuración de la relación entre las materias constitucionales y el resto del ordenamiento resulta, sin embargo, imprecisa, y deja en la penumbra el carácter a atribuir a ciertas instituciones y normas. Ciertas instituciones del derecho privado, la autonomía de la voluntad o el contrato, por ejemplo, son pilares sobre los que reposan los ordenamientos jurídicos modernos, y, no obstante, nadie pone en duda que su estudio corresponde al derecho civil y no al derecho constitucional. La importancia y fundamentalidad de ciertos sectores del ordenamiento respecto de los demás es una cuestión a la que es difícil dar no ya una respuesta unánime, cosa que en ningún caso sería posible, sino ni siquiera unos criterios de enjuiciamiento mínimamente rigurosos. ¿Quién podrá negar seriamente la importancia y fundamentalidad del Código Civil, en el que se regulan cuestiones tales como la propiedad y su trasmisión, la familia, la nacionalidad, etc.? Este tipo de definiciones frecuentemente tienen que recurrir a la metáfora, a falta de cosa mejor, como la hace Romano al describir la Constitución como el tronco de un árbol, el ordenamiento, del cual las otras partes son ramas, o cuando se califica a la Constitución de cimiento y paredes maestras del Estado. El juicio acerca de la mayor o menor importancia de determinados sectores del ordenamiento es en realidad un juicio arbitrario y el concepto de Constitución se adentra así por el camino de convertirse en un concepto puramente político.

B/ LA MATERIA CONSTITUCIONAL.- El concepto de constitución adquiere contornos precisos en la definición antes expuesta, que sirve como base a estas lecciones: la constitución en sentido material está integrada por las normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del Estado. La materia constitucional no se define aquí por la importancia política o jurídica, sino por la situación que ocu-

pan en el ordenamiento determinados órganos, posición que confiere el carácter de constitucionales a las normas que regulan su actividad.

Para precisar qué vamos a entender por órganos superiores del Estado sería necesario evidentemente aclarar los tres términos. Pero es preciso que por el momento dejemos de lado el análisis del concepto de órgano, que corresponde a otro lugar. Y respecto del concepto de Estado ahora podemos indicar tan sólo que la palabra no se refiere aquí a la forma concreta de organización política que hoy llamamos Estado, que se examina más adelante, sino que la palabra se utiliza para designar cualquier ordenamiento, al margen de cual sea su estructura, esto es, al margen de que sea un Estado en el sentido moderno del término o una organización de tipo preestatal. En realidad se podría decir que la constitución regula la actividad normadora de los órganos superiores del ordenamiento jurídico, y que todo ordenamiento jurídico, y no sólo el Estado, tiene normas constitucionales, constitución en el sentido material.

La cualidad de superiores tiene un valor relativo, se establece por relación a los demás órganos. Por órgano superior hay que entender aquel que no está sometido a ningún otro en el sentido de que su poder normativo no deriva de otro órgano, sino de normas jurídicas que precisamente por regular su actividad son constitucionales. La superioridad, por tanto, no se refiere a una cuestión política, a la significación política del órgano, sino a un elemento jurídico, al carácter originario del órgano en relación con los demás.

Este es un elemento importante para comprender que la identificación del contenido de la constitución en sentido material sólo es posible de cada ordenamiento jurídico en concreto, a partir de su concreta estructura. El concepto ma-

terial de constitución no permite identificar unas normas como constitucionales en todo tiempo y en todo lugar, sino que el carácter constitucional depende de cada ordenamiento en concreto. Los ordenamientos, modernos tienen una estructura claramente jerarquizada, y por ello la identificación de las normas constitucionales es relativamente fácil. Son constitucionales sin duda las normas relativas al poder ejecutivo en cuanto éste, aun pudiendo estar plenamente sometido en su actividad al parlamento, tiene una existencia que jurídicamente no deriva de la voluntad de este último. Son materialmente constitucionales las normas que definen la posición y funciones del Gobierno y del Jefe del Estado. Lo mismo hay que decir de las normas que definen la posición y funciones del poder judicial, ya que éste, si bien opera con arreglo al derecho creado por el legislador, no le debe su existencia.

C/ LA CONSTITUCION EN SENTIDO MATERIAL COMO NORMA Y LA CONSTITUCION MATERIAL.- Importa insistir en que la constitución en sentido material es una norma, un conjunto de normas, y no otra cosa. Esto se desprende ya del hecho de que se trata de un concepto relativo a un sector del ordenamiento, ya que el ordenamiento jurídico está integrado por normas. Por otra parte, al hablar de la creación de normas veíamos que ésta puede estudiarse desde el punto de vista de los factores que influyen en ella y desde el de las normas que la regulan, y señalabamos que el segundo enfoque es el propio de la ciencia jurídica.

Esto bastaría por sí solo para comprender que la constitución en sentido material se compone de normas, y sólo de normas, que el derecho constitucional se ocupa de normas, y que corresponde a la sociología del derecho o a la ciencia política el estudio de los factores y datos de hecho que inciden en la actividad normadora que la constitución regula. Pe-

ro esta simple diferenciación de planos no siempre se acepta en el derecho constitucional con la nitidez con que se da en otras ramas del derecho. Nadie afirmaría que forma parte del derecho judicial la psicología de los jueces, su extracción social y costumbre, nadie definiría el derecho administrativo a partir de una sociología de la administración, ni diría que son normas administrativas los usos de los funcionarios, y nadie creería que es una obra de derecho penal el relato de un asesinato famoso.

En el derecho constitucional esta confusión de planos se produce con frecuencia. Aparece de modo claro cuando se considera que la ciencia del derecho constitucional comprende necesariamente la ciencia política, lo que supone algo así como afirmar que la criminología forma parte del derecho penal. Y la confusión adquiere simplemente caracteres grotescos cuando se confunde el análisis del sistema político con el de la constitución.

Por asombroso que esto pueda resultar, tales posturas son moneda corriente en el mundo académico español del Derecho Político.

Pero, al margen de estas confusiones precientíficas, la propia ciencia jurídico-constitucional rigurosa opera una mixtura de planos en el concepto de constitución metamaterial, que no hay que confundir, como veremos, con el concepto de constitución en sentido material, que aquí estamos exponiendo. En el concepto de constitución material, a veces llamado también susbtancial, muy difundido en la doctrina italiana por influencia de Mortati, la constitución se define como una realidad, como la propia organización y estructura de hecho, resultado de una serie de factores sociales, económicos y políticos, y de una visión política, una estructura que

está sostenida por una serie de fuerzas políticas portadoras de esa visión. La constitución sería aquí el núcleo esencial de fines y fuerzas que rige todo ordenamiento jurídico. Se trata de un concepto próximo al de realidad constitucional, entendiendo por tal no sólo el modo en que efectivamente se realizan las normas constitucionales, sino algo más, la efectiva estructura de fuerzas políticas y sus ideologías, que hace posible la existencia y vigencia de las normas constitucionales y su concreta realización efectiva.

Si con ese concepto se pretendiera describir una realidad no habría mucho que objetar. Ciertamente la constitución como norma tiene un soporte social y político que condiciona su efectivo funcionamiento, es decir, reposa sobre un sistema político. Tan sólo se podría decir que, en general, los juristas suelen hacer malas descripciones de esa realidad, por la sencilla razón de que no es ese su oficio. Tras las descripciones habituales de la constitución material no suele haber otra cosa que mala sociología política. En su huida hacia la ciencia sociológica, los juristas suelen abrazarla en su nivel más bajo.

Ocurre, sin embargo, que cuando se habla de constitución material no se pretende tan sólo describir una realidad, sino que a esa realidad se le confiere fuerza normativa frente a la constitución escrita a la que se califica de "formal".

Los problemas que derivan de este planteamiento se reflejan sobre todo en la doctrina de la interpretación, por lo que no pueden ser examinados aquí. Ahora baste señalar que el concepto de constitución material así entendido es jurídicamente inaceptable, por cuanto identifica arbitrariamente la norma y la realidad normada, el deber ser y el ser, y, al modo de realismo jurídico. suprime en último término la noción de validez, sin la que es imposible un concepto de dere-

cho. Mantenerse en los límites propios del saber jurídico no significa en modo alguno negar la importancia de la realidad política para la vida efectiva de la constitución, pero obliga a rechazar todo intento de presentar esa realidad en sí misma como una norma, tal como pretende el concepto de constitución material.

El concepto de constitución en sentido material y el de constitución material son cosas distintas. En el primero la palabra material se emplea para indicar que el criterio que permite identificar una norma como constitucional es la materia que la norma regula, por lo que cabe hablar de concepto material de constitución, de constitución en sentido material, de normas materialmente constitucionales. Por el contrario, en el concepto de constitución material esta última palabra aparece para indicar que se considera constitución no la norma, sino una determinada realidad a la que se atribuye valor normativo. En el primer caso la constitución es una norma; en el segundo es un hecho.

La constitución en sentido material es, por tanto, una norma, una norma a la que definimos como constitucional en virtud de la materia que regula. Esta norma puede tener las más variadas formas de expresión. No es necesariamente escrita, sino que puede ser consuetudinaria, y, como veremos en su momento, los ordenamientos preestatales tenían normas materialmente constitucionales que, sin embargo, no estaban escritas. Por otra parte, en el supuesto de que exista una constitución escrita no todas sus normas son materialmente consitucionales ni todas las normas materialmente constitucionales se encuentran incluidas en su texto, del mismo que no todas las normas del Código Civil son de derecho civil ni todas las

normas de derecho civil están en aquel Código.

D/ CONTENIDO DE LAS NORMAS MATERIALMENTE CONSTITUCIONALES: NORMAS ORGANICO-PROCEDIMENTALES O ADJETIVAS Y NORMAS DE CONTENIDO O SUBSTANTIVAS.- Dentro de la amplia categoría de las normas reguladoras de la creación de normas, sean constitucionales o no, se suele hacer una distinción en dos grandes grupos: el de las normas que establecen órganos y procedimientos y el de las normas que se refieren al contenido de las normas a crear. Las primeras se conocen también como normas adjetivas o derecho adjetivo y las segundas como normas substantivas o derecho substantivo. El conjunto de las normas reguladoras de la creación de normas aparece así en una doble función: por una parte se determina quién puede crear la norma o, si se quiere, quién puede decidir, a lo que se suman otras determinanciones adjetivas relativas al procedimiento, al ámbito de competencia del sujeto, a sus relaciones con otros órganos, etc. Por otra parte, las normas regulan también de un modo u otro el contenido de las normas que esos sujetos han de crear o, si se quiere, programan la decisión, de manera positiva, señalando qué contendio ha de tener, o de manera negativa, señalando qué contenido no puede tener.

Esta diferencia afecta a todo el ordenamiento jurídico. Algunos de sus sectores tienen un carácter predominantemente adjetivo, por ejemplo el derecho procesal. Otros sectores tienen carácter substantivo, como es el caso del derecho penal, en el que se programa cual ha de ser la decisión del juez cuando se dén determinadas condiciones que el Código Penal establece. Otras ramas, como el derecho administrativo, comprenden al mismo tiempo elementos adjetivos, por ejemplo las normas de procedimiento, y elementos substantivos, como las normas del régimen de aguas, montes, minas, etc.

En las normas constitucionales se opera la misma distinción entre aquellas que atribuyen potestades, organizan sujetos, procedimientos, etc., es decir, normas adjetivas, y aquellas otras, de derecho substantivo, que se refieren al contenido de las normas que han de crear los órganos superiores del Estado. En la terminología española esta distinción se suele presentar diciendo que la constitución consta de una parte orgánica y de una parte dogmática, que corresponde a lo que aquí llamamos normas de contenido.

La noción misma de constitución es impensable sin normas orgánico-procedimentales, adjetivas. Se trata de lo que podríamos llamar un mínimo lógico, ya que la regulación de la creación normativa presupone cuando menos la existencia de una norma que atribuya a algún sujeto ese poder. Todo ordenamiento jurídico contiene al menos esa norma básica, escrita o nó. Las normas de tipo adjetivo suelen ser, desde luego, más variadas que ese mínimo lógico, porque la hipótesis de un ordenamiento que tuviera un sólo órgano supremo no sometido ni siquiera a normas de procedimiento es prácticamente impensable. Todo ordenamiento, incluso el más simple, tiene normas reguladoras de los procedimientos y las competencias, además de las normas de atribución, y la existencia de una serie de órganos superiores implica además la existencia de normas que regulan las relaciones entre ellos.

Por otra parte, esos órganos superiores están sometidos a límites relativos al contenido de las normas que crean, esto es, están sometidos a normas substantivas. Esta no es una necesidad lógica, pero si una necesidad histórica, dado que esas normas substantivas fijan algún tipo de límite al poder y por tanto establecen ciertas garantías para los individuos sometidos al ordenamiento. Se trata, por tanto, de una necesidad política, y desde luego esta necesidad no se satisface en

cierto ordenamientos en los que la posición jurídica de los ciudadanos no tiene ninguna garantía.

Tales normas sustantivas no tienen necesariamente carácter escrito, pero es una característica del constitucionalismo moderno el que esas normas se plasmen por escrito, de manera formal, en las llamadas declaraciones de derechos o en el propio texto de la constitución. El exámen de su contenido corresponde a otro lugar , y aquí hay que limitarse a señalar que también estas normas forman parte de la constitución en sentido material, por cuanto en ellas se regula la creación de normas.

E/ LA POSICION JERARQUICA DE LAS NORMAS MATERIALMENTE CONSTITUCIONALES.- Para cerrar estas consideraciones sobre la constitución en sentido material conviene llamar la atención sobre una consecuencia que se desprende de todo lo dicho acèrca de la jerarquía normativa. Ya hemos visto que una norma es superior a otra cuando no puede ser derogada por ella pero en cambio puede derogarla y que, por tanto, las normas que regulan la creación de normas se encuentra en una posición de superioridad lógica respecto de las normas cuya creación regulan, dado que estas últimas no pueden contradecir aquellas so pena de nulidad.

Ni que decir tiene que esto mismo puede predicarse de las normas materialmente constitucionales, de la constitución en sentido material. Esta, al regular la creación de normas por los órganos superiores del Estado, ocupa una posición de superioridad jerárquica en el ordenamiento. Del alcance de esta superioridad jerárquica vamos a ocuparnos ahora, al estudiar el concepto de constitución en sentido formal.

LECCION CUARTA

LA CONSTITUCION EN SENTIDO FORMAL

SUMARIO:

1.- El concepto de forma constitucional: A/ Jerarquía formal y rigidez. B/ Constitución en sentido formal y constitución flexible. C/ Funciones de la forma y de la rigidez constitucionales. 2.- Las estructura lógica de la constitución en sentido formal: A/ la reforma de las normas y la jerarquía normativa. B/ Las normas de reforma como núcleo constitucional. 3.- Contenido de la constitución formal. La Constitución Española.

I. EL CONCEPTO DE FORMA CONSTITUCIONAL.

A/ JERARQUIA FORMAL Y RIGIDEZ.- El concepto de constitución en sentido formal se construye, obviamente, sobre la forma de las normas o, lo que es lo mismo, con arreglo a ese concepto una norma es calificada como constitucional en virtud de su forma. Pero ¿qué siginifica aquí la forma?, ¿en qué consiste la llamada forma constitucional? Para dar respuesta a esta pregunta es necesario proceder a una cuidadosa diferenciación de conceptos y recordar algunas de las cosas dichas anteriormente respecto de la jerarquía formal.

La constitución en sentido formal es, en primer lugar, una norma jerárquicamente superior a las restantes del ordenamiento, en una relación de jerarquía formal. Para que haya constitución en sentido formal no basta que existan una

o varias leyes constitucionales, o de denominación similar, tal como ley orgánica, fundamental, etc. Eso se refiere tan sólo al carácter escrito o no de la constitución, a la diferenciación entre formas externas. Lo determinante es que existan normas dotadas de una posición de superioridad jerárquica formal respecto de las restantes normas del ordenamiento. Y esa superioridad jerárquica formal consiste, según hemos visto, en que las normas inferiores, esto es, las restantes normas del ordenamiento en el caso de la constitución, no pueden modificar ni derogar las normas constitucionales. Solo hay constitución en sentido formal cuando las normas inferiores carecen de validez en el supuesto de que modifiquen la constitución, en el supuesto de que contradigan lo dispuesto en ésta.

Ahora bien, a este requisito se suele añadir otro cuya presencia frecuentemente se considera necesaria para que quepa hablar de constitución en sentido formal, requisito que a menudo se identifica como el contenido propio del concepto de constitución en sentido formal. Se trata de la rigidez, esto es, de la exigencia de que la modificación de las normas constitucionales esté sometida a procedimientos más complejos que aquellos que se requieren para la elaboración de las normas ordinarias. Según este punto de vista no existirá constitución en sentido formal cuando nos hallemos ante una constitución flexible, esto es, cuando la constitución pueda ser modificada por los procedimientos ordinarios. El concepto de constitución en sentido formal suele identificarse así con el de constitución rígida.

Esta identificación entre los conceptos de constitución en sentido formal y constitución rígida debe su origen al hecho de que en la realidad frecuentemente la constitución en sentido formal es al mismo tiempo constitución rígida. Pero se trata de una coincidencia debida a motivos prácticos, que veremos, y en modo alguno de una identidad entre la jerarquía

formal y la rigidez. La superioridad formal y la rigidez son cosas distintas, aunque coincidan en la práctica, y para llegar a un concepto preciso de constitución en sentido formal es necesario tener presente la diferencia entre ambos aspectos. Hay constitución en sentido formal cuando hay superioridad jerárquica, sin que para ello sea necesario que exista también rigidez.

Según hemos visto al tratar de la jerarquización normativa, una norma se encuentra respecto de otra en una relación de superioridad jerárquica formal cuando no puede ser modificada por ella, sea cual sea el contenido de la norma en cuestión. Con esto no se hace ninguna referencia ni a los procedimientos ni a los órganos, sino que se establece una relación entre normas diferenciadas por su forma externa, de modo que es perfectamente posible, al menos desde un punto de vista lógico, que un mismo órgano utilizando un mismo procedimiento cree normas formalmente distintas y jerárquicamente subordinadas entre sí. Para que sea posible hablar de superioridad jerárquica de unas normas sobre otras es necesario que haya una diferenciación de formas externas entre ellas y que el ordenamiento establezca que las normas de un determinado tipo, de una determinada forma, no pueden contradecir las normas de otro tipo, de otra forma. Estos datos son suficientes para determinar si efectivamente las normas del segundo tipo, jerárquicamente inferiores, se acomodan a las del primer tipo, jerárquicamente superiores. No es preciso, sin embargo, que exista una diferenciación en los órganos y procedimientos de creación de cada una de las normas, aunque habitualmente coincidan las diferencias entre ambos planos.

La diferencia entre flexibilidad y rigidez se refiere, por el contrario, a una cuestión distinta, precisamente al plano de los órganos y procedimientos de elaboración de las

normas. Una norma es rígida, o simplemente más rígida que otra —porque la rigidez es una cualidad relativa— cuando su elaboración o modificación requiere órganos o procedimientos más complejos que los ordinarios. Es flexible, por el contrario, cuando no se introduce ninguna diferenciación en ese plano, esto es, cuando puede ser modificada por los procedimientos ordinarios.

Jerarquía formal y rigidez, en consecuencia, no tienen que coincidir necesariamente entre sí. Ambas parten de una diferenciación en las formas externas, diferenciación que permite identificar a las normas como pertenecientes a un tipo u otro. La jerarquía formal conecta a esa diferencia de formas la exigencia de que las normas de un tipo se sometan a lo prescrito en las normas de otro, con lo que aquéllas son inferiores a éstas. La rigidez, por el contrario, exige que la elaboración de las normas de un determinado tipo se lleve a cabo por órganos o por procedimientos más complejos que las normas de otro tipo, sin que esto implique necesariamente que las normas más rígidas sean superiores jerárquicamente a las normas menos rígidas. Suele ocurrir así, ya que la técnica de la rigidez se emplea habitualmente, según veremos, para reforzar la jerarquía formal, pero no siempre tiene que ocurrir así. Cabe que dos normas jerárquicamente subordinadas entre sí no se diferencien en la rigidez y cabe también que una norma inferior a otra sea, sin embargo, más rígida que ella, incluso que esté dotada de una rigidez absoluta. Así por ejemplo las sentencias son, una vez firmes, absolutamente rígidas, absolutamente inmodificables, y en cambio se pueden modificar las normas en cuya virtud se dictaron. Del mismo modo que la jerarquía formal no tiene por qué coincidir con la jerarquía lógica, según veíamos antes, tampoco la rigidez tiene que coincidir necesariamente con ninguno de los dos tipos de jerarquía, ni deriva necesariamente de ellas.

B/ CONSTINUCION EN SENTIDO FORMAL Y CONSTITUCION FLEXIBLE.- Si la superioridad jerárquica y la rigidez no coinciden es evidente que el concepto de constitución en sentido formal no coincide con el de constitución rígida, y que también cabe hablar de constitución en sentido formal en el caso de las constituciones flexibles, siempre que en ellas se establezca una diferenciación de formas, esto es, siempre que en ellas se excluya la llamada reforma implícita.

En efecto, se denomina constitución flexible a aquella que puede ser modificada por los mismos procedimientos y órganos que están habilitados para la creación legislativa ordinaria, por ejemplo por el Parlamento con arreglo a los procedimientos legislativos ordinarios. El concepto de flexibilidad constitucional así entendido se construye, por tanto, únicamente a partir de la cuestión de los órganos y procedimientos.

Dentro de las constituciones flexibles, sin embargo, hay que establecer una importante diferenciación basada en un problema de forma. Es posible, en primer lugar, que la constitución acepte la reforma implícita, lo que significa que una ley ordinaria cualquiera, aunque no se presente externamente como ley de reforma de la constitución, pueda contradecir lo dispuesto en ésta, de modo que la constitución deba entenderse implícitamente reformada. En este caso no hay ninguna diferencia de forma externa entre las leyes constitucionales y las restantes, dado que también forman parte de la primera categoría las leyes ordinarias que reforman la constitución implícitamente, sin declarar que lo hacen. Por no haber diferencia de formas externas falta también el requisito mínimo para que quepa hablar de jerarquía formal. Pero nótese que este requisito no falta por el hecho de que se admita la reforma, sino por el hecho de que se admite que ésta se pueda llevar a cabo implícitamente.

Puede ocurrir también que la constitución, aún siendo flexible, sólo acepte la reforma explícita. En tal caso la constitución puede ser reformada por los órganos y procedimientos ordinarios, pero las leyes de reforma deben declarar expresamente su carácter de tales, su carácter de leyes constitucionales, por tanto. En este caso existe una diferencia de forma externa entre las normas constitucionales —de las que forman parte la constitución y las leyes de reforma de la misma— y las leyes ordinarias, aunque ambas leyes formalmente diferentes procedan del mismo órgano y sean aprobadas por los mismos procedimientos. Esta diferenciación de forma permite establecer una jerarquía formal en el sentido de que serán anticonstitucionales las leyes que contradigan la constitución sin presentarse como leyes de reforma constitucional. Hay flexibilidad, sin duda, porque la constitución puede ser reformada por los procedimientos ordinarios, pero hay superioridad jerárquica, porque la constitución no puede ser contradicha por las normas que carezcan de la forma externa de leyes constitucionales, relativas a la reforma de la constitución.

El concepto de constitución en sentido formal, por tanto, no coincide con el de constitución rígida y también puede ser constitución en el sentido formal del término una constitución flexible, a condición de que no acepte la reforma implícita, porque lo que define a una ley como constitucional en el sentido formal es que no pueda ser modificada por las leyes que no tienen forma externa de leyes constitucionales. Basta la diferenciación de formas externas y la subordinación de las leyes ordinarias a las constitucionales para que quepa hablar de constitución en sentido formal.

C/ FUNCIONES DE LA FORMA Y DE LA RIGIDEZ CONSTITUCIONALES.- La supremacía lógica de la constitución es una cualidad derivada de la propia índole de las

normas constitucionales, y no guarda en sí misma relación alguna con la jerarquía formal y con la rigidez. Estas son técnicas dirigidas a asegurar la supremacía de la norma constitucional en términos jurídico-positivos.

Según se ha dicho en su momento la constitución en sentido material es el conjunto de las normas reguladoras de la creación de normas por los órganos superiores del Estado. Las normas creadas con arreglo a la constitución derivan su validez de ella y tal derivación, o, a la inversa, tal fundamentación de la validez, sólo tiene lugar en la medida en que la norma cuya creación se regula en la constitución es creada efectivamente de acuerdo con lo prescrito en ella. En otro caso la norma es contraria a la constitución y carece de validez si se toma esta constitución como criterio para el enjuiciamiento de aquella norma.

Evidentemente todo esto no tiene nada que ver ni con la cuestión de la jerarquía formal ni con la cuestión de la rigidez constitucional. Una norma es superior a otra, lógicamente superior, siempre que regule la creación de esta otra, incluso aunque la norma superior tenga la misma forma o sea menos rígida que la inferior, que aquella cuya creación regula. La superioridad jerárquica deriva tan solo del contenido de la norma, del hecho de que la norma condiciona la creación de otra en términos tales que ésta sólo es válida si se acomoda a aquella.

Ya que la superioridad de la constitución deriva de la naturaleza misma de las normas, en puridad ni siquiera sería necesario que la propia constitución declarase y garantizase esa superioridad. Aún cuando falte tal declaración, como ocurre cuando la constitución admite la reforma implícita, la prioridad lógica se mantiene. Así en la reforma implícita no es

posible en rigor lógico decir que la norma reformadora deriva su validez de la constitución que reforma, puesto que la contradice. Ciertamente, en ese supuesto no existe ninguna norma jurídica que nos impida decir que la norma anticonstitucional vale a pesar de todo como norma de reforma de la constitución. Pero en términos lógicos tales normas no pueden derivar su validez de la constitución a la que contradicen, y para salvar la coherencia lógica de la construcción teórica es necesario variar el supuesto de validez, afirmar que la norma anticonstitucional vale como reformadora no en virtud de la constitución a la que contradice, sino en virtud de otra norma supuesta, de otro supuesto lógico distinto de la constitución jurídico positiva que la propia norma ha quebrantado, y que, por tanto, no puede servirle de fundamento.

Esta superioridad lógica carece, sin embargo, de toda consecuencia práctica. Sin duda obliga a que la teoría jurídica, si quiere ser coherente, proceda a alterar el supuesto lógico con el que explicar la validez cada vez que tiene lugar una reforma de la constitución por esa vía. Pero nada más. Siempre será posible, desde el punto de vista jurídico positivo, afirmar que la norma anticonstitucional es válida en cuanto norma de reforma de la constitución.

Con ello se produce el doble efecto de que la constitución está a disposición del legislador ordinario y carece de notas formales que la diferencien de las demás leyes que apruebe éste. Como consecuencia de lo primero, la constitución es permanentemente mudable; como consecuencia de lo segundo es, además, incierta en sus prescripciones. Será difícil, en primer lugar, identificar exactamente las normas constitucionales, ya que faltará un criterio formal externo. La constitución estará integrada por las normas que forman parte del texto constitucional originario, caso de que éste exista, pero también por

todas las normas posteriores que contradigan éstas y valgan como reforma de ellas, sin que en esas normas posteriores haya ningún elemento que las diferencie externamente de las restantes normas que integran el ordenamiento. No habrá otra posibilidad que la de examinar cada norma en concreto para determinar si es o no es constitucional por su materia y si, por tanto, ha de entenderse modificada la constitución cuando tal norma la contradiga. Con ello el problema quedará planteado en un plano en el que la solución será con frecuencia altamente discutible y dependerá de los criterios interpretativos. Por otra parte, el carácter implícito de la reforma conducirá también a que, comprobada ya su existencia, resulte sumamente difícil determinar su alcance. Para afirmar que una norma anticonstitucional es válida hemos de suponer reformada la constitución por esa norma, pero no está claro si hemos de hacer esa suposición tan sólo para conferir validez únicamente a esa norma o si, por el contrario, hemos de entender que la constitución queda reformada también para el futuro. La constitución se convierte así en algo fluído, sometido a constantes cambios y, además, en una norma de perfiles y contenido indeterminados. En ningún caso será posible, ni tendrá siquiera sentido, preguntarse si una norma es constitucional o anticonstitucional. La supremacía lógica de la constitución carecerá de todo efecto práctico.

Para evitar estas consecuencias el ordenamiento dispone de dos técnicas. La primera de ellas es la diferenciación formal entre las leyes constitucionales y las que no lo son, unida a la subordinación jerárquica de éstas a aquéllas. En tal caso existe ya una constitución en el sentido formal. La segunda técnica es la rigidez, en la que a esa diferenciación de formas se une una diferenciación de órganos y procedimientos.

Con la simple jerarquización formal, aunque no vaya acompañada de rigidez, se consigue un primer resul-

tado consistente en la identificación de las normas constitucionales con arreglo a un criterio externo, más seguro y cierto que el criterio material. La exigencia de que la reforma sea explícita, aunque la constitución sea flexible, permite identificar en cada momento qué normas forman parte de la constitución, categoría integrada por el texto constitucional originario y por las normas en las que se haya procedido explícitamente a su reforma. Fuera de esta categoría quedarán las restantes normas, respecto de las cuales será posible exigir jurídicamente que se acomoden a la constitución. La constitución seguirá siendo mudable, pero la diferenciación formal permitirá exigir que la ley ordinaria la respete, establecer que la constitución se encuentra por encima de ella y construir algún medio para hacer efectiva esa supremacia constitucional, algún medio de control de la constitucionalidad de la ley y en conjunto de las normas inferiores a la constitución.

Ahora bien, aunque la simple diferenciación de formas permite un tal resultado, desde el punto de vista práctico significaría muy poco en cuanto a la efectiva sumisión del legislador. Con esa simple jerarquización de formas se desemboca en la subordinación del órgano legislativo ordinario, el cual puede disponer de la constitución procediendo a reformarla de manera explícita por los mismos procedimientos previstos para la legislación ordinaria. La simple jerarquía formal, en consecuencia, da certeza a las normas constitucionales, al permitir su identificación, pero no les confiere estabilidad frente al legislador, no las sustrae a su disposición.

Este es el objetivo que se persigue con la rigidez. En ella no encontramos tan sólo una diferenciación de formas externas, sino una diferenciación en los procedimientos de elaboración de las leyes ordinarias y los de las leyes de reforma de la constitución. En el caso de las normas constitucio-

nales el legislador tiene que utilizar procedimientos más complejos, en los que se incluyen más trámites, o se requieren mayorías cualificadas, o se preve la intervención de otros órganos. La rigidez no pretende, como la jerarquía formal, diferenciar las leyes constitucionales de las ordinarias tan sólo para establecer la supremacía de aquéllas sobre éstas, sino también para estabilizar las primeras y sustraerlas a la libre disposición del legislador ordinario. Con ello se asegura una mayor estabilidad a la constitución y adquiere pleno sentido el control de constitucionalidad. La jerarquía formal y la rigidez constitucional son técnicas distintas que persiguen fines distintos, aunque complementarios. Pero en cualquier caso interesa señalar que la superioridad jerárquica de la constitución no deriva de la rigidez y que se dá también en la constitución flexible. La superioridad jerárquica deriva lógicamente de la materia regulada por la constitución y la superioridad jerárquica formal de la diferenciación de formas y de la subordinación de unas a otras. Es conveniente tener en cuenta esta diferencia para evitar la confusión debida a que en la mayor parte de los casos la constitución formal suele ser también constitución rígida para darle frente al legislador la estabilidad que se acaba de mencionar.

2.- La estructura lógica de la constitución en sentido formal

A/ LA REFORMA DE LAS NORMAS Y LA JERARQUIA NORMATIVA.- De la superioridad lógica de la constitución derivan importantes consecuencias respecto de la estructura lógica de la constitución formal y, en concreto, de la constitución rígida. Para examinar este punto conviene empezar con una referencia general a las consecuentes relaciones que guarda la supremacía lógica con la reforma de la constitución.

Para ello hay que empezar señalando que una

proposición no puede referirse a sí misma, lo que significa, en el caso de la constitución, que ésta no puede ser modificada en aplicación de los procedimientos ordinarios que ella misma regula. Aceptar que esto es posible significaría aceptar que una norma cuya creación es regulada por otra puede sin embargo modificar esta otra, lo que significa que es válida a pesar de contradecirla. Si las normas no son válidas más que cuando respetan lo prescrito en aquellas que regulan su creación, lógicamente tampoco pueden modificarlas, ya que modificarlas implica contradecirlas. Este es el motivo por el que desde el punto de vista lógico el supuesto de validez de la norma que reforma la constitución no se halla en la norma reformada, sino en otra norma distinta, quizá simplemente supuesta, como veíamos al mencionar las derivaciones lógicas de la supremacía de la constitución respecto de las normas cuya creación regula.

Para aclarar este principio lógico y sus consecuencias en el plano jurídico vale la pena reproducir aquí el ejemplo con el que lo ilustra Ross: "Si un monarca absoluto otorga una constitución "libre", el significado jurídico de este acto puede ser interpretado de dos maneras. Es posible considerar que la nueva constitución posee validez por virtud del poder absoluto del monarca que la ha otorgado, el cual continúa así como autoridad suprema. La norma básica anterior, por tanto, sigue siendo válida, y el nuevo orden puede ser revocado en cualquier momento por el mismo poder absoluto que lo otorgó. No ha tenido lugar cambio alguno en el presupuesto último del sistema, en su ideología fundamental. Pero la nueva constitución también puede ser otorgada por el monarca con la intención de que no sea revocable. En tal caso no puede considerarse que deriva de su poder absoluto .... O la nueva constitución se deriva de la antigua, y en tal caso no hay realmente una nueva constitución, pues el poder absoluto del Rey

continúa invariable, o la nueva constitución ha desplazado a la anterior, pero en tal caso no puede ser derivada de ella".

Para que una norma pueda ser modificada es necesario que lo disponga otra norma que no se encontrará en el mismo plano lógico que aquella a cuya reforma se refiere, sino en un plano lógicamente superior respecto de ella. Sólo así la reforma puede considerarse válida. Si tal norma no existe realmente es necesario suponerla, si se quiere conservar la coherencia lógica del sistema. De aquí derivan importantes consecuencias respecto de las normas constitucionales.

B/ LAS NORMAS DE REFORMA COMO NUCLEO CONSTITUCIONAL.- Si una constitución no contiene prescripción alguna respecto de su propia reforma hay que considerarla lógicamente irreformable. No se tratará, como suele decirse, de una constitución absolutamente flexible, sino de una constitución absolutamente rígida. Todo ello, por supuesto, tan sólo desde el punto de vista lógico, ya que en términos jurídico-positivos nunca será posible negar validez a las reformas y únicamente será preciso fundamentarlas lógicamente en una norma supuesta distinta de la propia constitución reformada.

Para que la constitución sea reformable es necesario que lo disponga una norma que lógicamente no forma parte de la constitución, sino que se mueve en un plano superior a ella, aunque forme parte del texto constitucional. Esa norma es lo que podríamos llamar el núcleo constitucional. Dede el punto de vista lógico, la verdadera constitución es esa norma en la que se establece cómo se reforman las restantes normas que integran el texto constitucional. La constitución formal puede dividirse así en dos partes, una integrada por las normas que llamaremos A, que regulan la creación de las normas reguladoras de las normas ordinarias, y otra integrada por

las normas B, esto es, por esas mismas normas reguladoras de la creación de normas ordinarias, con arreglo al concepto de constitución que aquí se viene utilizando. A su vez, las normas A, reguladoras de la creación de las normas B, no pueden aplicarse a sí mismas, es decir, lógicamente es imposible que las normas reguladoras de la reforma sean reformadas mediante la aplicación de esas mismas normas. Si así ocurriera el fundamento de la validez de la reforma no se hallaría en las normas A, sino en una norma supuesta, tal como ocurre en los anteriores ejemplos.

En el caso de la constitución flexible esta diferenciación entre las normas A y las normas B tiene lugar tan sólo aparentemente. En esas constituciones las normas de reforma establecen que ésta podrá llevarse a cabo por los procedimientos ordinarios, es decir, nos remiten a éstos, a las restantes normas de la constitución. Toda la constitución en su conjunto forma parte de las normas reguladoras de la reforma, ya que éstas dicen que la reforma se llevará a cabo con arreglo a los procedimientos ordinarios que constituyen el contenido del texto constitucional. Ambos planos quedan identificados. De este modo resulta que cada vez que se reforma la constitución se reforma el propio procedimiento de reforma, esto es, se incurre en la contradicción lógica de aplicar una proposición a sí misma. Cada vez que tenga lugar una reforma en realidad nos hallaremos desde el punto de vista lógico ante una nueva constitución, ya que la reforma no puede aplicarse lógicamente a partir de la anterior, sino a partir de otra hipótesis.

En el caso de la constitución rígida nos hallamos, por el contrario, ante una diferenciación de las normas A y de las normas B, y el principio de que una proposición no puede referirse a sí misma opera aquí en cuanto a la posibilidad de aplicar las normas de reforma a sí mismas, posibilidad

que lógicamente hay que negar. Cada vez que una norma de reforma sea reformada en aplicación de los procedimientos que en ella se prevén se habrá alterado el núcleo constitucional y desde el punto de vista lógico nos hallaremos ante una constitución nueva.

Este razonamiento tiene una especial importancia en el caso de la Constitución Española de 1978, que es el resultado de varios procesos de aplicación de las normas de reforma a sí mismas. En efecto, la Constitución de 1978 es elaborada y promulgada en aplicación de la Ley para la Reforma Política, de 15 de Diciembre de 1976, que es una ley reguladora de la reforma constitucional. Pero la Constitución Española no sólo reforma el resto del ordenamiento constitucional anterior, sino que reforma también la propia Ley para la Reforma Política, lo que supone un caso de aplicación de una norma a sí misma. Esta Ley para la Reforma Política es, a su vez, una aplicación de lo dispuesto en el art. 10 de la Ley de Sucesión de 26 de Julio de 1947 respecto del procedimiento necesario para modificar o derogar leyes fundamentales, pero en la Ley para la Reforma Política se reforma también lo dispuesto en la Ley de Sucesión, esto es, en aplicación del procedimiento de reforma se modifican las normas relativas al procedimiento de reforma y se establece uno nuevo. Por su parte, la propia Ley de Sucesión aplica y al mismo tiempo reforma las leyes de 30 de Enero de 1938 y de 8 de Enero de 1939 en lo que se refiere a las facultades del Jefe del Estado para dictar normas fundamentales. Hay, por tanto, tres rupturas en la continuidad lógica a partir de los preceptos citados en último lugar: Ley de Sucesión, Ley para la Reforma Política y Constitución de 1978, normas todas ellas que aplican y al mismo tiempo reforman normas reguladoras de la reforma constitucional.

La cuestión, por otra parte, tiene incidencia

respecto de las normas de reforma que contiene el Título X de la Constitución. En este Título se prevé un procedimiento agravado en un primer grado para la reforma de la Constitución (art.167) y un procedimiento muy especialmente agravado para reformar el Título Preliminar y las normas relativas a los derechos y libertades públicas y a la Corona (art. 168). No es necesario, sin embargo, el procedimiento especialmente agravado para reformar el propio Título X y, por tanto, tampoco el precepto en el que se presta esa especial protección a las materias mencionadas. Cabría preguntarse, en consecuencia, si esa protección se podría eliminar aplicando el procedimiento menos agravado, del art. 167, a la reforma del art. 168, en la que se establece ese procedimiento más complejo. El examen de este problema no puede hacerse en este momento, pero cabe indicar que, si bien al proceder así no se violaría ningún precepto jurídico positivo y, por tanto, se actuaría correctamente, sin embargo se estaría aplicando una proposición a sí misma, esto es, el conjunto lógico del Título X se aplicaría a uno de sus elementos integrantes, el art. 168. Aunque la operación sería jurídicamente inatacable, su fundamento lógico ya no sería el propio Título X, sino una hipótesis lógica distinta.

La tesis que aquí se sostiene de que el verdadero núcleo de la constitución está integrado por las normas relativas a la reforma se basa en una determinada concepción del derecho, y en concreto del derecho constitucional como conjunto de las normas reguladoras de la creación de normas. Hay que advertir que con ella no se pretende en absoluto disminuir el valor de las restantes normas constitucionales, sino señalar tan sólo que éstas tienen primacía únicamente frente al legislador ordinario; nada más, pero tampoco nada menos.

A esta tesis, consecuencia lógica del punto de

vista que aquí se mantiene, se ha objetado que de tal modo la constitución queda reducida a una norma en blanco. Así Carl Schmitt objeta que en esa concepción la constitución queda reducida a una constitución en blanco, a una "Blankoverfassung", a una norma cuyo contenido sería éste: " Forman parte de la constitución todas las normas que en cada momento se aprueben con arreglo al procedimiento previsto para la reforma". Así es, ciertamente. La crítica de Schmitt se dirige a la relativización de la norma constitucional que se produce de este modo, y esto es cierto, sin duda. Pero frente a esa crítica cabe alegar varias cosas. La primera es que en tanto la constitución no sea reformada vale como norma superior al legislador ordinario, al margen por completo de que tales normas sean más o menos permanentes e inmodificables. La segunda es que la necesaria estabilidad de las normas constitucionales no se consigue negando esa concepción jurídica y sacrificándola a construcciones sociológicas o metafísicas, sino que el instrumento para ello es, desde el punto de vista jurídico, la introducción de mecanismos de reforma adecuados y, desde el punto de vista político, la creación de las condiciones efectivas de estabilidad. La estabilidad de las normas constitucionales es un fín práctico al que hay que atender con técnicas jurídicas y políticas, pero que ni exige una distorsión de los conceptos ni se ve influido en lo más mínimo por ella. Alterar el concepto de constitución con finalidades políticas no significa sólamente una falta de respeto por la coherencia lógica, sino también una ingenua confianza en la eficacia política de los conceptos.

Por otra parte, la propia exigencia de estabilidad no afecta del mismo modo a la totalidad de las normas constitucionales. Esta uniformidad sería admisible si la constitución formal se limitara a cubrir con una garantía especial las normas de la constitución en sentido material. Pero no es este el caso, según vamos a ver a continuación, sino que las cons-

tituciones modernas tienden a prestar cobertura jerárquica constitucional a una multiplicidad de materias que no revisten en absoluto la importancia y fundamentalidad que hay que atribuir a las normas materialmente constitucionales.

3.- Contenido de la constitución en sentido formal. La Constitución Española.

A/ La formalización de la norma constitucional permite ampliar sin límites el número de materias que pueden regularse en la misma. Al tratar de la jerarquía veíamos que ésta trae como consecuencia el que la creación de normas no sólo esté sometida a aquellas que tienen como contenido precisamente el regular esa creación, sino que esté también condicionada por toda norma que el ordenamiento jurídico declare superior, al margen por completo de cuál sea su contenido. En el caso de la constitución en sentido formal ocurre exactamente lo mismo: serán constitucionales y, por tanto, jerárquicamente superiores a la legislación ordinaria, todas las normas que estén incluidas en el texto constitucional y amparadas por la garantía de la rigidez. La fijeza y estabilidad que se obtiene con la técnica de la superioridad jerárquica de la constitución no se aplica solamente a las normas materialmente constitucionales, sino que puede extenderse a cualquier otro tipo de normas. La constitución en sentido formal no coincide necesariamente con la constitución en sentido material, sino que es posible que normas materialmente constitucionales queden fuera de la constitución formal y que esta contenga normas que no sean materialmente constitucionales.

Esta posibilidad es utilizada de uno u otro modo en función de circunstancias políticas concretas que contribuyen a dar a cada constitución su contenido propio. Es po-

sible decir, sin embargo, que la tendencia general del siglo XX es la de ampliar el número de materias sometidas a normación constitucional. Esta ampliación tiene lugar en dos sentidos. Es frecuente, primero, que las constituciones modernas no se limiten a regular órganos y procedimientos y a establecer límites materiales a través de los derechos fundamentales. Con frecuencia suelen contener también declaraciones generales acerca de la estructura de la constitución y acerca de los valores ideológicos que la informan. Estas normas suelen denominarse principios constitucionales y también principios estructurales de la constitución. En segundo lugar, las propias normas orgánico-procedimentales y las de contenido difieren de las tradcionales. En lo que se refiere a las normas orgánico-procedimentales no se limitan en general a regular los órganos superiores del Estado, sino que contienen prescripciones relativas a órganos de diversa índole, cuya constitucionalización se considera necesaria por uno u otro motivo. Las normas de contenido, además de ampliarse también con los principios constitucionales, afectan a materias distintas de las propias de las constituciones del siglo XIX. De todo ello vamos a ocuparnos mediante una breve exposición del contenido de la Constitución Española, que responde en términos generales a lo que se acaba de decir respecto del contenido de las constituciones formales.

La misma extensión de la Constitución nos advierte de ello. La Constitución de 1978 es notablemente extensa: consta de un Preámbulo, 169 artículos, agrupados en 10 Títulos, con uno Preliminar, de 4 disposiciones adicionales, 9 transitorias y una final, a la que sigue la fórmula de promulgación. Sus títulos son: Preliminar, I De los Derechos y Deberes Fundamentales (arts. 10 a 55), II De la Corona (arts. 56 a 65), III De las Cortes Generales (arts. 53 a 96), IV Del Gobierno y de la Administración (arts. 97 a 107), V De las rela-

ciones entre el Gobierno y las Cortes Generales (arts. 108 a 116), VI Del Poder Judicial (arts. 117 a 127), VII Economía y Hacienda (arts. 128 a 136), VIII De la Organización Territorial del Estado (arts 137 a 158), IX Del Tribunal Constitucional (arts. 159 a 165) y X De la reforma constitucional (arts. 166 a 169). Por otra parte, un buen número de sus artículos se encuentran divididos en varios apartados y tienen una notable longitud, por lo que la simple mención del número de artículos, por sí mismo elevado respecto de lo habitual en las constituciones, no da una idea exacta de la notable longitud del texto. Sin duda se la puede incluir entre las constituciones extensas y en nuestra historia constitucional sólo es superada por la Constitución de 1812, de 384 artículos.

En su conjunto se puede dividir, grosso modo, en dos grandes sectores. El primero está integrado por las normas de contenido o substantivas, que se contienen en los Títulos Preliminar y I; el segundo se compone de las normas adjetivas contenidas en los restantes Títulos. Se trata, sin embargo, de una distribución de valor relativo, ya que también los Títulos de tipo órganico-procedimental contienen derechos fundamentales, normas de contenido.

B/ En lo que se refiere a las normas de contenido, nuestra Constitución es de notable amplitud. Contiene, en primer lugar, los principios constitucionales y estructurales del Título Preliminar, a los que habría que añadir las declaraciones respecto de la organización del Estado que se contienen en otros Títulos al tratar de cada uno de sus elementos integrantes. En lo que se refiere a los derechos fundamentales, la Constitución introduce importantes innovaciones en relación con otros textos de nuestra historia constitucional. En primer lugar, el número de las normas declarativas de derechos es muy amplio, comprende la práctica totalidad del Título I,

desde el art. 10 hasta el 53, en el que se contienen preceptos muy extensos, como los de los artículos 20 y 27, por ejemplo, notablemente prolijos. Con frecuencia tales normas contienen una regulación sumamente detallada de la materia, si bien la extensión y la complejidad son compatibles en ocasiones con la ambigüedad. A las normas del Título I hay que añadir, además, derechos reconocidos en otros preceptos de la Constitución, como el derecho de sufragio en el art. 68, el de iniciativa popular en el art 87, el derecho a indemnización del art. 106, el de acción popular del art. 125. En segundo lugar, las normas relativas a los derechos fundamentales no recogen sólo los derechos subjetivos tradicionales en esta materia, sino que incluyen garantías de instituciones, derechos sociales y principios rectores de la política social y económica, aunque a tal ampliación corresponde una diferenciación en el valor jurídico, introducida por el art. 53. No se trata, por tanto, únicamente de los tradicionales derechos políticos, sino que la Constitución se ocupa de materias tales como el trabajo, la familia, la propiedad privada, la huelga, la empresa, la negociación colectiva, la seguridad social, la vejez, el deporte, la cultura, la vivienda, el medio ambiente, los disminuidos físicos y psíquicos, los consumidores, etc. Hay que señalar, aunque el tema no puede matizarse aquí, que buena parte de estas normas sociales y económicas tienen un reducido valor jurídico y que su inclusión en el texto constitucional evidencia un abuso tan notable como inútil de las posibilidades que ofrece la formalización de las normas constitucionales.

C/ También las normas orgánico-procedimentales tienen una considerable extensión y muestran la tendencia a ampliar de modo extraordinario la cobertura constitucional.

En cuanto a las normas de competencia, en las

que se señalan los poderes o los ámbitos de competencia de los órganos constitucionales, la Constitución resulta muy prolija. La Constitución contiene en este terreno las normas clásicas relativas a la Corona, en especial el art. 62, relativas a Las Cortes, art. 66, o al Gobierno, arts. 97 o 134, así como al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional. Pero dentro de esas determinaciones generales introduce prescripciones detalladas relativas a la competencia de cada una de las Cámaras, de su Presidente, de su Diputación Permanente, de las Comisiones, y en el caso del poder ejecutivo define las facultades del Presidente del Gobierno y de los Ministros, así como las del Consejo de Ministros. Contiene, además, normas de competencia relativas a la Administración Pública (art. 103), a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (104), al Consejo de Estado (art. 107), al Consejo General del Poder Judicial (art. 122), al Defensor del Pueblo (art. 54), al Tribunal de Cuentas (art. 136), además de las que distribuyen competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (arts. 148 y 149). Las normas de competencia, por tanto, se extienden mucho más allá de lo que es tradicional en las constituciones y desde luego su contenido es más amplio que el de la constitución en sentido material, limitada a los órganos superiores del ordenamiento jurídico. La Constitución ampara con su rango jerárquico la existencia y competencia de una multiplicidad de órganos del Estado.

En cuanto a las normas de creación de órganos, relativas al mismo tiempo a su composición y organización interna, cabe decir lo mismo que se acaba de exponer respecto de las normas de competencia. Como tales normas de creación se han de considerar las relativas al Congreso de los Diputados y al Senado (arts. 69 y 69), a la Diputación Permanente (art. 78), al nombramiento del Gobierno (arts. 99 y 100), a la composición del Consejo General del Poder Judicial (art.

122), al Tribunal Constitucional (arts. 159 y 160). En todas estas materias la Constitución alcanza también un considerable grado de detalle en la regulación, detalle que suele ir más allá de lo que es tradicional en las constituciones.

También son detalladas las normas de procedimiento. En la Constitución se regula con cierta prolijidad el procedimiento legislativo general, y el de prestación de consentimiento en los tratados internacionales (Secciones segunda y tercera del Título III), se contienen los principios generales del procedimiento judicial (art. 120), se regula el procedimiento de aprobación y elaboración de los Presupuestos Generales del Estado (art. 134). Todas estas normas se complementan con la legislación órganica u ordinaria, así como con los reglamentos parlamentarios.

Por último, la Constitución contiene, a diferencia de las del pasado, disposiciones adicionales dedicadas fundamentalmente a las particularidades de la organización territorial del Estado; disposiciones transitorias, cuyo objeto es la regulación de la constitución de las Comunidades Autónomas, la situación transitoria de las Cámaras y del Gobierno y las dos primeras renovaciones del Tribunal Constitucional; una importante disposición derogatoria y una disposición final relativa a la entrada en vigor de la Constitución.

D/ Según se puede colegir de todo lo dicho, la técnica de la formalización permite constitucionalizar cualquier materia, incluso aquellas más resistentes a una normación, como puede ser la política social y económica. La Constitución de 1978 hace un uso generoso, excesivo incluso, de esta posibilidad. Aunque los problemas que esto plantea no se pueden examinar aquí en profundidad sí cabe hacer alguna observación

al respecto.

El fenómeno se debe, obviamente, al deseo de garantizar frente al legislador el máximo número posible de derechos e instituciones, extendiendo la cobertura constitucional mucho más allá de los que son sus límites tradicionales. Con ello se pone de manifiesto una quizá excesiva confianza en la fuerza de las normas, una creencia, entre ingenua y religiosa, en su efectivo poder, actitud que, paradójicamente, suele proceder de sectores políticos y sociales que al mismo tiempo se apresuran a descalificar el derecho con el epíteto de "formal". Tal extensión de la cobertura constitucional, especialmente en los derechos sociales, parece más bien criticable, y desde luego no contribuye en nada a afianzar la supremacía que corresponde a las normas constitucionales; más bien produce un efecto contrario y frustra así el objetivo que se perseguía. Si el legislador, en definitiva el poder político, tuviera que estar sometido a todos los límites y mandatos que contienen las normas constitucionales, éstas supondrían una gravísima hipoteca. El espacio quedaría sumamente reducido y el efecto no sería desde luego favorable a la continuidad del ordenamiento constitucional. La Constitución de 1978 escapa a esta consecuencia utilizando a menudo fórmulas vagas, que en realidad dejan la cuestión sin resolver y cuyo valor jurídico no puede ser otro que el de principios interpretativos. Además la Constitución establece una diferenciación en la fuerza normativa de los diversos derechos, y declara que los principios rectores de la política económica y social son principios informadores de la legislación positiva, de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos (art. 53). Desde luego esto tiene su importancia, y en absoluto se trata de una formula vacía de contenido jurídico, pero en ella sin duda se reduce el valor normativo de ciertos derechos como respuesta

a su ampliación más allá de los límites de lo políticamente sensato. En términos generales la excesiva ampliación de los derechos se traduce en una disminución de su fuerza normativa.

LECCION QUINTA

LAS FUNCIONES DE LA CONSTITUCION

SUMARIO: 1.- Problemas. 2.- Constitución y positividad del derecho: A/ El concepto de positividad como concepto de contenido.: a) Positividad y modos de creación del derecho. b) Positividad y modos de fundamentación de la validez. B/ Positividad y normas constitucionales. 3.- La constitución como norma fundamental: A/ Modos de normación constitucional. B/ La constitución como garantía de posibilidades. C/ La constitución como fundamento de la unidad del ordenamiento jurídico. 4.- La constitución como límite: A/ La constitución como limitación formal. B/ El concepto liberal de constitución.

1. Problemas:

En esta lección vamos a tratar de explicar por qué existen constituciones formales y, en conexión con este problema, qué función cumplen en el ordenamiento jurídico.

En lo que se refiere al primer punto la cuestión es obligada. Todo ordenamiento jurídico tiene una constitución en el sentido material del término, todo ordenamiento tiene normas constitucionales. Sería posible describir la cons-

titución de cualquier ordenamiento jurídico, incluso del más primitivo que pueda imaginarse; la dificultad de hacerlo podría derivar quizá de problemas de identificación de las normas constitucionales, pero no de su inexistencia, ya que en todo ordenamiento jurídico la creación de normas está a su vez normada de un modo u otro. Pero no todo ordenamiento jurídico tiene una constitución formal, esto es, una constitución escrita y jerárquicamente superior en sentido formal a las restantes normas y en ocasiones más rígida que ellas. Este es, por el contrario, un fenómeno relativamente reciente, cuyo origen se encuentra en las revoluciones francesa y americana de finales del siglo XVIII y se extiende por Europa y por el mundo en los siglos XIX y XX.

Este fenómeno plantea una pregunta que no se dirige tan sólo a la historia del derecho, o en particular a la historia constitucional, sino que interesa también a la propia teoría de la constitución. La constitución formal existe por motivos que nacen de la propia estructura de los ordenamientos jurídicos modernos, por la presencia en ellos de elementos que los diferencian fuertemente de sus predecesores. A su vez, la constitución es, como sabemos, el fundamento del ordenamiento jurídico y en ella se contienen los elementos básicos de su estructura. Explicar cómo es un ordenamiento es explicar al mismo tiempo cómo es su constitución y esto significa que la pregunta acerca del origen de la constitución formal es la primera pregunta acerca de su propio contenido y de sus funciones en el ordenamiento, porque la respuesta al primer punto es la respuesta al segundo. La teoría de la constitución no es en definitiva algo distinto de la teoría del Estado, sino que ambos conocimientos teóricos tienen en realidad el mismo objeto: el ordenamiento jurídico en sus rasgos estructurales básicos.

Esa característica de los ordenamientos modernos que da lugar a la constitución formal, a la formalización de las normas constitucionales, la vamos a estudiar aquí bajo el nombre de positividad. En las lecciones siguientes tendremos que volver sobre el tema desde la perspectiva que impone un concepto especificamente constitucional: la soberanía.

En esta misma lección nos vamos a ocupar también del problema de la función que cumplen las constituciones en los modernos ordenamientos, y en concreto de dos cuestiones: del modo en que la constitución fundamenta la creación de normas y del modo en que la limita. Quizá sea innecesario a estas alturas advertir que el problema de la constitución como fundamento y como límite se planteará y analizará tan sólo en términos jurídicos: la cuestión a examinar no es la función política de la constitución, sino su función jurídica, su función respecto de la creación normativa. En esta exclusión del primer aspecto no hay en absoluto menosprecio de su importancia. Muy por el contrario: si aquí no se analiza la función política de la constitución es por considerar que el tema es suficientemente importante y complejo como para exigir que el análisis se lleve a cabo con instrumentos metodológicos suficientemente depurados, que desde luego están fuera del alcance de la ciencia jurídica.

2. Constitución y positividad del Derecho

A/ EL CONCEPTO DE POSITIVIDAD COMO CONCEPTO DE CONTENIDO.- Hasta aquí se ha venido hablando repetidamente del derecho positivo como derecho puesto, creado por los hombres, a diferencia de otros supuestos derechos, natural, divino o racional, que no serían obra de los hombres sino normas de la naturaleza, de la razón o de Dios.

Si nos mantuviesemos en esa definición del derecho positivo como derecho puesto resultaría incomprensible la afirmación de un nexo entre la constitución formal moderna y la positividad del derecho, ya que es evidente que siempre ha existido un derecho positivo, puesto, y que en consecuencia la positividad no sería un criterio válido para explicar por qué sólo en los siglos XIX y XX existen constituciones formales. Y la afirmación sería aún más incomprensible desde el punto de vista positivista que aquí se mantiene, ya que para el positivismo no sólo siempre ha habido un derecho positivo, sino que no ha habido más que derecho positivo, de forma que la positividad sería una cualidad de todo derecho imaginable. El concepto de positividad, en consecuencia, tiene que ser precisado con mayor detalle para comprender por qué podemos decir que el factor que da origen a las modernas constituciones formales es la positivización del ordenamiento, la positividad del derecho moderno.

a) Positividad y modos de creación del derecho. La primera precisión se refiere al modo de la "posición", al modo en que se pone el derecho. Cuando se dice que el derecho positivo es derecho puesto, creado por los hombres, es necesario precisar que la creación de derecho puede tener lugar de dos modos distintos: por "repetición" y por "decisión". Existe un derecho creado por la repetición de conductas hasta dar lugar a la creación de una regla, de una normalidad, a la que la conciencia jurídica atribuye fuerza de obligar en virtud de que siempre se ha hecho así. Esta costumbre, este derecho consuetudinario, fue en las sociedades primitivas la forma más importante de creación de derecho, previa a la existencia de un legislador, cuya primera función fue posiblemente la de codificar un derecho ya existente en virtud de la costumbre. Hoy su importancia ha disminuido extraordinariamente y la cos-

tumbre ha pasado a ser una fuente de derecho que juega un papel secundario en el ordenamiento jurídico moderno.

Junto a esta forma de creación de derecho existe otra consistente en la decisión del legislador o del juez. El derecho se crea a través de la decisión del legislador, a través de las leyes, y, en mayor o menor medida según las épocas y sistemas jurídicos, a través de las decisiones de los jueces, de la costumbre nos hallamos ante una repetición anónima, en la legislación nos hallamos ante un acto de voluntad de un sujeto, individual o colectivo, que está habilitado para innovar el ordenamiento jurídico, para introducir una norma en el mismo. Junto a la legislación también la jurisprudencia constituye una forma de creación de derecho por decisión. El juez, al decidir un caso en una sentencia —con mayor o menor libertad de decisión, eso no importa aquí—, crea la norma a aplicar en ese caso concreto, crea una norma individual del ordenamiento. Y al mismo tiempo los jueces mediante sucesivas decisiones repetidas sientan una doctrina acerca de cómo deben resolverse ulteriores casos similares, ed decir, sientan una norma general cuyo valor y posición dentro del ordenamiento varía según las épocas y los sistemas.

Esta primera distinción entre los dos posibles sentidos de la expresión "poner el derecho" nos permite ya aclarar a qué se hace referencia al hablar de la positividad como cualidad del derecho moderno. Aunque tanto el derecho consuetudinario como el decidido son derecho positivo, la expresión positividad se utiliza aquí para referirse a que el derecho moderno es fundamentalmente derecho decidido y sobre todo derecho legislado. La creación de derecho mediante leyes es inicialmente un fénomeno secundario frente a la creación consuetudinaria y judicial, pero en el curso de la evolución se incrementa su presencia, y la legislación pasa a ocupar

el lugar privilegiado a partir de las revoluciones de finales del siglo XVIII. Aquí no es posible explicar, ni siquiera resumir, las razones de este fenómeno, relacionado con la creciente complejidad y diferenciación interna de la sociedad, pero en cualquier caso se trata de una tendencia extremadamente poderosa que se impone incluso en países que, como Gran Bretaña, tienen una tradición de derecho judicial. Cuando hablamos de positividad del derecho moderno para diferenciarlo del antiguo la palabra se utiliza en este sentido concreto, para señalar que el derecho moderno es creado por la decisión, y no por la costumbre, y que dentro de ese modo de creación la legislación desempeña el papel principal.

b) Positividad y modos de fundamentación de la validez.- Esa imposición del derecho creado por decisión sobre otras formas de creación jurídica va acompañada y precedida de una alteración en el modo de concebir la validez, al cual también se hace referencia al hablar de la positividad del derecho moderno. Cuando se afirma que el derecho moderno es derecho positivo no se afirma solamente que es derecho creado por la decisión, sino también que es derecho que vale en virtud de la decisión.

Al mencionar aquí otra vez el problema de la validez no nos referimos al concepto científico de la misma, ya que es evidente que para el positivismo todo derecho, y no sólo el moderno, vale porque es puesto, sea cual sea la forma de la posición. Aquí se hace referencia al hecho de que en la conciencia jurídica moderna, tanto científica como vulgar, en la experiencia jurídica, se considera que lo que confiere validez a las normas es la decisión de crearlas por parte de quién está habilitado para ello, y que la validez no deriva de ninguna otra cualidad. Y esto es un cambio de capital importancia respecto de la conciencia jurídica premoderna.

Para la conciencia jurídica premoderna el derecho vale, es tal, no en virtud de la decisión, del respaldo del poder, sino en virtud de la "justicia" o de la "antigüedad". Se considera, conforme a las concepciones valorativas de que hablábamos antes, que derecho es equivalente a justicia y que no puede haber derecho allí donde hay normas injustas. Se trata de una actitud que contradice los supuestos de la ciencia jurídica moderna, pero es una actitud real acorde con las antiguas concepciones jurídicas. También en el terreno científico el positivismo es un producto tardío. Se considera, además, que el derecho vale en virtud de su antigüedad, que es mejor el derecho antiguo que el nuevo, el "ius vetum" que el "ius novum". El derecho vive ante todo en la comunidad y en su pasado, su antigüedad es la demostración de su existencia y de su valor, y la idea de que es posible innovar en cualquier momento el ordenamiento jurídico resulta por completo ajena a la conciencia jurídica tradicional.

Este modo de concebir el derecho, sobre el que tendremos ocasión de volver al tratar del problema de la soberanía, se corresponde evidentemente con la estructura misma de esos ordenamientos. En ellos el derecho decidido desempeña un papel mínimo frente al derecho consuetudinario y la legislación supone una lucha constante no sólo frente a ese tipo de derecho sino también frente al derecho legislado más antiguo. En el mundo medieval la prohibición de alterar el ordenamiento tenía casi una consagración institucional y desde luego se consideraba que el legislador quedaba vinculado por sus propias leyes, que luego no podía alterar a voluntad. La penetración del derecho legislado es sumamente lenta y no se consuma hasta la Revolución Francesa. Incluso posteriormente pervive la resistencia del derecho antiguo frente al nuevo o, para ser más precisos, la idea de que el derecho vale por su antigüedad, no por la voluntad del legislador. Aún Hegel puede decir

en el párrafo 211 de la Filosofía del Derecho que "en la legislación no se trata de hacer un sistema de leyes nuevas por su contenido, sino de conocer las leyes existentes en su generalidad concreta, es decir, de captarlas en el pensamiento".

Cuando se habla de la positivización del derecho, de la positividad como característica del derecho moderno se hace referencia al hecho de que en la conciencia jurídica moderna y en la propia estructura del ordenamiento han desaparecido todas esas limitaciones. El concepto de positividad así entendido no implica sólo que el derecho es derecho puesto, sino que significa que en la conciencia jurídica el derecho vale porque es puesto y no por ninguna otra razón, porque sea justo a antiguo. El derecho puede ser cambiado en cualquier momento y el legislador no se vincula para el futuro sino que se institucionalizan procesos especiales para el cambio, el proceso legislativo entre ellos, y se establece una diferenciación estructural entre la desobediencia y el cambio, lo que no ocurría en la sociedad tradicional.

De los ordenamientos tradicionales se puede decir que era "estáticos", o que estaban sometidos a un principio estático, ya que la norma fundamental de que derivaba la validez del conjunto determinaba también el contenido de la posible creación jurídica. En la conciencia jurídica el derecho derivaba su validez del derecho natural o de la antigüedad de sus normas, lo que predeterminaba el contenido de las normas, nuevas y reducía extaordinariamente las posibilidades de creación jurídica. El sistema del derecho moderno es "dinámico" en cuanto que su norma fundamental determina tan sólo quién puede crear derecho, pero no el contenido ni el tiempo. La positividad del derecho moderno significa, en otros têrminos, que: a) el derecho institucionaliza su propio cambio, el cual puede tener lugar en cualquier momento, sin que la an-

tigüedad añada ningún valor a la norma; b) cualquier cuestión es juridificable, susceptible de normación; y c) la normación puede afectar a un número ilimitado de personas, de modo que todos están en principio sometidos por igual al ordenamiento jurídico. La positividad significa que lo jurídicamente posible no tiene límite alguno, ni temporal ni social.

B/ POSITIVIDAD Y NORMAS CONSTITUCIONALES.- Esta alteración en la estructura y dinámica del ordenamiento tiene consecuencias capitales para el derecho constitucional moderno, hasta el punto de que sin aquélla es imposible comprender las características propias de éste.

En un ordenamiento no positivizado, tradicional, el problema de la fundamentación del ordenamiento jurídico no se plantea como una cuestión específica. El derecho, lo hemos visto, no vale porque es decidido, sino porque es antiguo y bueno. Por el contrario, en el derecho positivizado, y en la conciencia jurídica moderna, el problema forzosamente ha de pasar a un primer plano. El derecho no sólo es decidido, sino que vale precisamente porque es decidido, y es necesario preguntarse ahora sobre qué reposa ese poder de decidir, ese poder de crear derecho. Esa respuesta no puede hallarse, normativamente, más que en el propio ordenamiento, en su norma superior.

En un ordenamiento no positivizado la creación jurídica tiene unos contenidos normativamente determinados por la historia o la ética, en las que se da expresión normativa a exigencias sociales. No ocurre así en un ordenamiento moderno. Aquí tales exigencias respecto del contenido del ordenamiento no tienen otra expresión normativa —aparte, claro está, de su capacidad de imponerse como necesidades de hecho— que la que les pueda prestar el propio ordenamiento jurídico,

el propio derecho. No son la moral ni la historia las que prefiguran normativamente el contenido del ordenamiento jurídico, sino que esta función la cumple la norma superior del mismo, la constitución.

En un ordenamiento no positivizado la escasa entidad del derecho legislado hace que la posición del legislador sea forzosamente secundaria. También es de escasa entidad el problema de fijar los límites de su actividad. En un ordenamiento moderno, por el contrario, el legislador ocupa una posición central y el problema de fijar los límites de su creación normativa pasa a un primer plano.

Todas estas cuestiones, la fundamentación del poder de creación normativa y su sumisión a límites, adquieren en los ordenamientos positivizados una importancia primordial. No se trata, evidentemente, de que en los ordenamientos anteriores no hubiese fundamentación ni límite para ese poder, sino de que el problema de tal fundamentación y de tal límite no podía emerger a la conciencia jurídica. Y se trata también de que en los ordenamientos modernos el problema, además de presentarse de modo acuciante, requiere una respuesta distinta de la que le podrían dar las normas constitucionales tradicionales. Históricamente las normas constitucionales podían carecer de toda diferenciación formal. La mayor homogeneidad de la conciencia jurídica y la escasa innovación del ordenamiento contribuían por sí mismas a conferirles la suficiente certeza y estabilidad. Su forma podía ser igual que la de las demás leyes y podían carecer de una especial protección porque su certeza y estabilidad estaban aseguradas en términos políticos y sociales por obra de la convicción jurídica común y de la escasa innovación. En el derecho moderno, por el contrario, la ruptura de la homogeneidad de la conciencia jurídica, la pérdida de valor del derecho consuetudinario y la cons-

tante innovación a que se somete el ordenamiento hacen necesaria la diferenciación formal que asegure la certeza y la rigidez que asegure la estabilidad.

3. La constitución como norma fundamental.

La constitución es norma fundamental en un primer sentido muy estricto, por cuanto es norma que fundamenta la validez del ordenamiento jurídico: sólo pueden pertenecer al ordenamiento jurídico las normas creadas por los órganos y procedimientos constitucionales dentro de los límites de contenido que la constitución establece. La constitución establece así el ámbito de lo jurídicamente imposible, esto es, traza la línea de separación entre lo lícito y lo ilícito constitucional.

Ahora bien, cuando se dice que la constitución es norma fundamental no se hace referencia tan sólo al fundamento de la validez, sino al hecho de que la constitución regula los aspectos fundamentales del ordenamiento jurídico, establece sus bases y, de este modo, lo pre-esttuctura, nos informa acerca de su contenido. La constitución es fundamento del ordenamiento jurídico también en un sentido material, relativo al contenido de este.

Con ello no se trata, sin embargo, de algo distinto del primer aspecto que acabamos de señalar, sino de uno de los efectos posibles de ese carácter formalmente fundamental de la constitución. Esa fundamentación de la validez del ordenamiento es una cualidad general y formal que alberga dentro de sí diversas posibilidades respecto del contenido del ordenamiento, posibilidades desarrolladas de uno u otro modo según la estructura constitucional.

A/ MODOS DE NORMACION CONSTITUCIO-

NAL.- La determinación de la frontera que separa la lícito de lo ilícito, lo constitucional de lo inconstitucional, puede hacerse de dos formas, positiva y negativa. Se hace positivamente cuando la constitución manda o permite, de modo que se establece directamente lo que es lícito, y dentro de ello el ámbito de lo ilícito se define por exclusión, como lo no mandado ni permitido. La determinación se hace de modo negativo cuando la constitución prohibe, de modo que el ámbito de lo lícito es lo no prohibido y el ámbito de la ilícito lo prohibido. En tal caso la constitución no indica directamente lo que debe ser, sino lo que no debe ser, y el primer aspecto es una consecuencia del segundo.

El uso de una u otra técnica afecta al modo en que la constitución sirve de fundamento material del ordenamiento, al modo en que la norma constitucional lo preestructura. Cuando la determinación se hace de forma positiva, esto es, cuando la constitución utiliza la forma de los mandatos y permisos, la norma no sólo nos informa acerca de lo ilícito, sino que contiene una información positiva acerca de lo lícito y, por tanto, acerca de la estructura del ordenamiento cuya validez fundamenta. La constitución, al fundamentar la validez, señala también en alguna medida cómo ha de estructurarse el ordenamiento que reposa sobre ella, y lo hace en un grado mayor o menor según las disposiciones positivas que contenga. Por el contrario, la información, la preestructuración del ordenamiento en la norma constitucional, disminuye en la medida en que se incrementan las normas simplemente negativas o prohibitivas; en tal caso la constitución nos dice tan sólo cómo no debe ser el ordenamiento, no cómo debe ser.

Esta doble posibilidad de que las normas se formulen en términos positivos o en términos negativos va unida además a una gradación en la concreción de la norma. En este

sentido hay que distinguir fundamentalmente dos planos: A/ El primero de ellos está integrado por lo que podemos llamar los principios y directrices constitucionales, mediante los cuales la constitución establece las líneas rectoras del ordenamiento en sus rasgos generales. B/ Un segundo grupo está integrado por las disposiciones que se refieren a órganos o materias en particular, lo que podríamos llamar normación constitucional concreta. Dentro de ella hay que distinguir varias posibilidades según se trate de (1.) una regulación constitucional concreta del objeto, esto es, de una regulación más o menos detallada del mismo en la propia constitución, (2.) de un mandato constitucional de regulación, que impone al legislador la obligación de ocuparse de un determinado objeto, y, por último (3.), de principios de la regulación por el legislador de un determinado objeto estableciendo los criterios que han de seguirse o los limites a que está sometida la normación.

El uso de fórmulas positivas o negativas y de un mayor o menor grado de concreción en la regulación constitucional no es en absoluto una cuestión del capricho del legislador constitucional, sino que está ligada a circunstancias políticas concretas y responde también a la concepción que se tenga del papel del Estado y de la función de la constitución. Esto da lugar a que se produzca una cierta diferencia en las técnicas utilizadas en la parte orgánica y procidimental y en la de contenido o substantiva, en la cual se pone de manifiesto la concepción del papel del Estado en la sociedad de un modo claro.

a) En efecto, las normas orgánicas y procedimentales se caracterizan por ser al mismo tiempo determinaciones positivas y notablemente concretas. Existen desde luego principios y directrices constitucionales, como los que se formulan en los artículos 1.1, 2 y 9.3 de la Constitución española, pero ésta va mucho más allá de tales principios y contiene

una regulación constitucional concreta de múltiples instituciones, regulación formulada en general en términos positivos. Se atribuyen competencias, como las que el art. 62 atribuye detalladamente al Rey, se impone un determinado modo de formación de un órgano (arts. 68 y 69 para el Congreso y el Senado respectivamente), se imponen determinados elementos de organización interna (arts. 75 y 78, relativos a la organización de las Cámaras) o se establecen requisitos de validez de los actos (art 79 para los requisitos de validez de los acuerdos de las Cámaras).

En sus normas orgánico-procedimentales la Constitución contiene, por tanto, un elevado nivel de información, de preestructuración del ordenamiento, de los sujetos que operan en él y del modo en que deben hacerlo.

Esta preestructuración del ordenamiento admite por supuesto diversos grados y su mayor o menor intensidad o detalle es una cuestión de política constitucional. En términos generales se puede decir, sin embargo, que la preestructuración es mayor en el ámbito de lo materialmente constitucional. La constitución es así una norma fundamental en el sentido de que contiene las bases de la organización estatal, sin perjuicio de que al mismo tiempo se remita al legislador para complementar y desarrollar esas normas organizativas. En lo que respecta a los órganos y procedimientos, la constitución se limita a veces a un simple mandato de legislar, acompañado o no de los criterios que han de presidir la legislación. Así ocurre en la Constitución española con la organización militar (art. 8,2), el Defensor del Pueblo (art 54), la iniciativa popular (art. 87), los funcionarios públicos (art. 103,3) o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art.104).

b) La cuestión se presenta mucho más comple-

ja en lo que se refiere a las normas de contenido, esto es, a las que regulan el contenido de las normas a crear. En términos generales puede decirse que las constituciones clásicas tienden a utilizar tan sólo las fórmulas negativas propias de los derechos fundamentales clásicos, y que evitan el uso de fórmulas positivas que predeterminan la acción del legislador imponiéndole deberes positivos. Las constituciones modernas, sin embargo, amplían el número de las determinaciones positivas, pero a cambio de darles un carácter general o, en el caso de que sean más determinadas, disminuir su fuerza vinculante y convertirlas en directrices particularizadas. En lo que se refiere al contenido del ordenamiento las constituciones informan mucho más acerca de lo que no debe ser que acerca de lo que debe ser.

La Constitución española contiene a este respecto una serie de directrices generales, formuladas en términos positivos o negativos. Están formuladas en términos positivos el principio del Estado social y democrático de Derecho y de la libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (art. 1.1), la promoción por los poderes públicos de las condiciones de la libertad y la igualdad (art. 9.2) y la promoción del progreso social y económico (art. 40). Son negativos el principio de dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10), y el principio de igualdad (art. 14), que deben ser entendidos sobre todo como prohibiciones del trato indigno, de la diferenciación injustificada y de la limitación de la libertad más allá de lo permitido por la Constitución.

En lo que se refiere a la regulación constitucional concreta, las constituciones suelen ser mucho más cautelosas en las normas de contenido que en las orgánico-procedimentales. En principio no suelen contener mandatos de legislar y se limitan a establecer criterios positivos o negativos para el caso de que se regule una materia.

Legislar o no legislar sobre una determinada materia es en definitiva una cuestión política en la que son los datos de hecho los que imponen la necesidad o generan la conveniencia.

Esta norma general, sin embargo, tiene ciertas excepciones, relativamente frecuentes en nuestra Constitución, en la que se ordena que por ley se regulen determinadas materias como son, entre otras muchas, el procedimiento de habeas corpus (art. 17.9), la cláusula de conciencia y el secreto profesional (art. 20.1), el control parlamentario de los medios de comunicación (art. 20.3), el servicio militar, la objeción de conciencia (art. 30.2), el estatuto de los trabajadores (art. 35.2), etc.

El modo en que las normas constitucionales regulan el contenido de la legislación, sea ésta mandada o no, suele ser fundamentalmente negativo, a través de los llamados derechos fundamentales de tipo clásico. Estos, aún formulados de modo aparentemente positivo ("todos tienen derecho a...", "se reconoce el derecho a..."), son en su núcleo prohibiciones dirigidas a los poderes del Estado para que se abstengan, son prohibiciones de mandar o prohibir. Al ciudadano no se le confiere tanto el derecho a que los órganos del Estado hagan cuanto el derecho a que no hagan, de modo que la eventual acción del Estado aparece como una protección complementaria, según veíamos antes al referirnos a aquellas normas que declaran ilícita una conducta tendente a impedir lo que una norma permite. Los derechos fundamentales sólo nos proporcionan una información por vía indirecta acerca del contenido del ordenamiento jurídico, en la medida en que nos informan acerca de cuál no puede ser, acerca de los límites de la acción del legislador.

No obstante, la constitución contiene a veces también determinaciones positivas acerca de cuál ha de ser el contenido de la regulación en una materia determinada. En nuestra Constitución hay algunos casos en los que esta determinación tiene un carácter preciso y un valor normativo pleno, fundamentalmente porque se considera que la garantía de los derechos fundamentales clásicos sólo existe si el ordenamiento contempla las prohibiciones como una actividad pública tendente a hacer efectivo el núcleo de libertad que garantiza, o bien porque dentro de una libertad se establecen círculos de sujetos especialmente protegidos por una situación de privilegio. Este es el caso del art. 16, en el cual no sólo se garantiza 'a libertad religiosa, sino que se privilegia a una determinada confesión al disponer que "los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones". También hay mandatos positivos complementarios de las libertades en la necesidad de establecer un "control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público " (art. 20.3), en el reconocimiento del derecho de participación de padres, profesores y alumnos en la gestión de los centros de enseñanza sostenidos con fondos públicos (art. 27.7), en la inspección del sistema educativo (art. 27.8) o en la necesidad de que la ley establezca en ciertos supuestos la justicia gratuita (art. 119).

En otros casos, sin embargo, las prescripciones positivas respecto de una materia en concreto tienen tan sólo el valor de una directriz particular, aunque eso no significa que carezcan de relevancia jurídica. Así ocurre con los derechos e instituciones sociales, económicos y culturales que se reconocen en los artículos 39 y ss. de la Constitución, cuyo valor normativo se establece en el art. 53.3 al decir que su "recono-

cimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos".

B/ LA CONSTITUCION COMO GARANTIA JURIDICA DE POSIBILIDADES.- Lo dicho hasta aquí nos muestra de qué modo y en qué grado las normas constitucionales se refieren a la ulterior creación normtiva, a la estructura y contenido del ordenamiento que se fundamenta en la norma constitucional. Ahora se trata de examinar qué efecto tiene sobre la acción del legislador esa preestructuración, esto es, en qué medida la constitución predetermina el contenido del ordenamiento jurídico y en qué medida, por el contrario, deja al legislador una libertad de acción en la creación de derecho.

Para comprender este punto podemos partir de la contraposición entre lo políticamente posible y lo jurídicamente lícito. El primer campo tiene evidentemente unos límites, pero éstos no derivan de la norma constitucional, sino de la propia realidad política y por ello son jurídicamente irrelevantes. Para el derecho lo políticamente posible aparece como ilimitado o, lo que es lo mismo, como algo cuyos límites fácticos son jurídicamente irrelevantes, como la pura contingencia. La constitución viene a establecer un corte o, si se quiere, delimita en el terreno de lo políticamente posible un ámbito interior que aparece como lo constitucionalmente lícito, como lo constitucional frente a lo inconstitucional.

Este recorte empieza desde luego en las normas de organización y procedimiento, que establecen qué sujetos tienen poder normativo y de qué forma han de ejercerlo. Las normas operan aquí una mayor o menor reducción de la contingencia, por cuanto establecen quién está habilitado para la creación normativa y cómo ha de tener lugar ésta, de modo

que los restantes sujetos y procedimientos quedan fuera del ámbito de lo lícito. Al operar así las normas constitucionales configuran lo que se llama "forma de estado", esto es, la distribución territorial del poder, que en nuestra Constitución tiene su norma de principio en el art. 2 y su desarrollo en el Título VIII, y configuran también la "forma de gobierno", las relaciones entre los órganos superiores del Estado, en nuestra Constitución en los Títulos IV y V fundamentalmente. Se establece también la jerárquia normativa, la jerarquia entre órganos y formas, se determinan las diversas funciones y su relación mutua.

Todo ello significa que la creación normativa solamente puede tener lugar dentro de ese esquema, a través de los instrumentos que en él se perfilan. El ámbito de lo lícito es aquí sobre todo el de lo necesario, el de lo debido. La reducción de lo posible, de la contingencia, se refiere aquí al plano de los sujetos y de las formas. Pero sería erróneo deducir de ello que tales normas constitucionales no tienen ninguna relevancia sobre el plano del contenido posible de la normación. La realidad es que la organización de los sujetos y de los procedimientos se puede llevar a cabo de forma más o menos abierta y que de este modo indirecto las normas organizativas afectan también al posible contenido del ordenamiento. De ello es claro ejemplo la organización del proceso legislativo, el modo en que en él se regule la iniciativa, los principios de elaboración de las decisiones en el órgano legislativo, la publicidad y la discusión, el referéndum en su caso. Y lo mismo cabe decir de las formas de elección de quienes han de integrar el órgano legislador. En todas estas normas se establecen cauces políticamente más o menos amplios, de modo que una parte de la creación normativa se atribuye sólo a unos sujetos, a unos órganos, pero al mismo tiempo éstos pueden organizarse de

modo que resulten abiertos a un número mayor o menor de posibilidades y alternativas.

Esa incidencia de las normas organizativas sobre el contenido del ordenamiento es, sin embargo, indirecta. En esas normas no hay una cualificación jurídica de alternativas, sino de sujetos y procedimientos, y por tanto aquéllas quedan incluidas o excluidas no como tales, sino en cuanto se incluyen o se excluyen sus posibles portadores. La cualificación que distingue lo constitucional de lo inconstitucional no se hace sobre aquéllas, sino sobre éstos. En las normas de contenido, por el contrario, la cualificación de alternativas tiene lugar de un modo directo, en cuanto se establece cuál debe ser y cuál no debe ser el contenido del ordenamiento jurídico a crear. El ámbito de lo políticamente posible se somete aquí a un recorte que establece en su interior el terreno de lo constitucionalmente lícito. Pero ese recorte no opera del mismo modo que en las normas organizativas, al menos en el mundo de las constituciones democrático-liberales.

En el constitucionalismo socialista la norma constitucional se concibe en gran medida como programa, como indicación de objetivos a alcanzar por el legislador, por los poderes del Estado en general. En el mundo del constitucionalismo de origen liberal la constitución se concibe, por el contrario, como límite, lo que implica que su contenido es sobre todo negativo; las normas de contenido no son en general prescripciones que establezcan un contenido como debido, sino negaciones que excluyen ciertos contenidos como ilícitos y que en las restantes cuestiones dejan libertad al legislador. En sus rasgos generales la concepción liberal se caracteriza por la negación, más que por la afirmación de fines.

Esta técnica da lugar a dos características im-

portantes. En primer lugar la propia constitución puede liberar al legislador de la carga de decidir en ciertas cuestiones en cuanto que excluye ciertas posibilidades. Así ocurre en nuestra Constitución con la abolición de la pena de muerte (art. 15), o con el precepto según el cual "ninguna confesión tendrá carácter estatal" (art. 16) o con el reconocimiento del derecho a la propiedad privada o a la herencia (art. 33), por citar tan sólo algunos casos evidentes. La constitución opera así una primera reducción de la notable complejidad a la que debe enfrentarse el poder legislativo.

En segundo lugar, sin embargo, el principio liberal democrático exige que la constitución deje al legislador un amplio margen de posibilidades, que el ámbito de lo constitucionalmente lícito sea amplio. Es al legislador democráticamente elegido a quien corresponde configurar de un modo u otro el ordenamiento jurídico dentro del ordenamiento constitucional vigente. La ley no es algo constitucionalmente exigido, sino algo constitucionalmente "correcto". Sólo así es posible que se garanticen las alternativas y que el legislador pueda hacer frente a circunstancias políticas y sociales cambiantes, buscando soluciones y construyendo compromisos.

En resumen, la tesis de que la constitución es norma fundamental no implica necesariamente que en ella se encuentren los gérmenes del resto del ordenamiento, de modo que éste no sería otra cosa que su desarrollo o su ejecución, y desde luego no significa en absoluto que sólo haya un ordenamiento constitucionalmente lícito. La constitución establece las fronteras que separan lo lícito de lo ilícito, pero el campo de lo lícito no coincide siempre con el de lo debido, no siempre lo posible es además necesario. Esta coincidencia significaría hacer de la constitución un programa de fines, lo que no ocurre más que en el constitucionalismo socialista. Las constituciones de tipo democrático-liberal se caracterizan más bien porque

en ellas se pretende mantener un amplio campo de posibilidades. Las normas organizativas imponen ciertamente un determinado tipo de organización, pero esa misma organización que establecen tiende en mayor o menor medida a configurar los órganos y procedimientos de modo que queden abiertos a posibilidades alternativas. Al mismo tiempo, las normas de contenido excluyen también posibilidades, y deciden por el legislador, pero en mayor medida dejan a éste un campo abierto. La constitución contiene sin duda un orden constitucional que es fundamento del ordenamiento en su conjunto, pero ese orden constitucional no está integrado sólo, ni siquiera primordialmente, por mandatos, sino también, y en medida mucho mayor, por prohibiciones y por permisiones, implícitas o explícitas.

C/ LA CONSTITUCION COMO FUNDAMENTO DE LA UNIDAD DEL ORDENAMIEMTO JURIDICO.- Aunque hasta ahora nos hemos ocupado fundamentalmente del modo en que la constitución condiciona el resto del ordenamiento jurídico a través de la creación normativa, sobre todo a través de la legislación, limitarse al examen de esta cuestión sería reducir el problema a uno de sus aspectos, porque a la constitución no está sujeto tan sólo el poder legislativo, sino también los demás sujetos que operan en el ordenamiento jurídico, y entre ellos el poder judicial.

A través de este último la constitución opera sobre el ordenamiento un primer efecto excluyente, que deriva de modo directo de la supremacía de la norma constitucional: el juez no procederá a la aplicación de normas inconstitucionales lo que supone, en el caso de la ley, su remisión al Tribunal Constitucional. Pero este efecto no es el que nos interesa aquí, ya que en él se trata tan sólo de la exclusión de contenidos y, por otra parte, su modo concreto de operar está liga-

do a la estructura constitucional de cada ordenamiento en concreto. Lo que nos interesa es el efecto positivo que se produce a través del poder judicial, el modo en que a través de êste la constitución contribuye a configurar el contenido positivo del ordenamiento jurídico.

En el caso del poder judicial esa contribución positiva de la norma constitucional se produce a través del principio de interpretación del ordenamiento de manera conforme a la constitución.

Este principio tiene su fundamento en el de unidad del ordenamiento jurídico. Dada la existencia de la norma que sirve de fundamento a la validez de todo el ordenamiento jurídico, las normas que integran éste no pueden contradecirse entre sí, ya que aceptar tal posibilidad significaría atribuirles fuentes de validez distintas. En realidad es posible, evidentemente, que se produzca tal contradicción, pero el conocimiento jurídico está obligado, por coherencia lógica, a eliminarla, esto es, al conocimiento jurídico le está lógicamente vedado el formular como descripción de normas dos proposiciones contrarias entre sí. Ante la contradicción entre normas jurídicas esa exigencia conduce frecuentemente a la necesidad de negar validez a una de ellas. Así, si se trata de normas del mismo rango, la regla de la sucesión temporal conduce a la negación de la validez de la norma anterior en el tiempo, con arreglo al principio "lex posterior derogat legi priori" y, si se trata de normas de distinto rango, la superior prima sobre la inferior que la contradiga, según el principio "lex superior derogat legi inferiori". Si ninguna regla permite eliminar la validez de una de ellas se hace necesario eliminar la contradicción negando la validez de ambas, lo que da lugar a lo que se llama una laguna por colisión.

El principio de unidad y no contradicción, sin

embargo, no sólo exige que se elimine la contradicción eliminando una de las normas, sino que exige también que, a ser posible, las normas se interpreten de modo que la contradicción no se produzca, esto es, obliga a que la interpretación de la norma se haga de modo coherente con el resto del ordenamiento, y que la norma sea aplicada de ese modo y no de otro. En este terreno el principio teórico coincide con una exigencia práctica: intentar en la medida de lo posible huir del vacío que se produce cuando se niega validez a una norma. De ser posibles varias interpretaciones debe preferirse aquella que concilie la contradicción, que así muestra ser tan solo aparente. Así en el caso de normas del mismo rango, el efecto destructor de la regla de la "lex posterior" puede ser corregido, y salvada la validez de la norma, mediante la aplicación de la regla según la cual "lex specialis derogat legi generali." En el caso de que las normas sean de distinto rango el principio de unidad del ordenamiento no implica necesariamente que se elimine la norma inferior contradictoria con la superior, sino que de ser posibles varias interpretaciones, se prefiera aquella que sea conforme con la superior y el mismo principio excluye que la norma pueda ser interpretada y aplicada de otra manera.

Evidentemente, en todo ello no hay sólo una exigencia dirigida al conocimiento científico del derecho, sino también a la aplicación del mismo en todos sus escalones, lo que significa que el juez deberá aplicar la norma inferior interpretándola de modo conforme con la superior, ya que en otro caso ésta no ampararía su acto de creación normativa.

Considerado en sí mismo este principio de la unidad del ordenamiento es suficiente para obligar a que éste sea interpretado de manera conforme a la constitución, que es el fundamento de validez de todas las normas que lo inte-

gran. Pero esta exigencia derivada de la propia primacía lógica de la constitución se ve reforzada, además, por exigencias prácticas de la justicia constitucional, que trata de evitar el vacío normativo que se produce al declarar anticonstitucional una ley, con el consiguiente efecto de su nulidad. Si la ley puede ser interpretada de modo que resulte constitucional, ésta es la interpretación que debe preferirse, no sólo por la supremacía jerárquica de la constitución, sino también por ese principio de conservación del ordenamiento.

Esta exigencia de interpretación conforme a la constitución no se dirige tan sólo al Tribunal Constitucional, ni se limita la interpretación de las leyes en el supuesto de que haya de emitirse un pronunciamiento sobre su adecuación a la norma constitucional. El supuesto del control de constitucionalidad de la ley es el más evidente, porque en él confluyen exigencias teóricas y exigencias prácticas de máxima importancia. Pero no es el único. El principio de interpretación conforme a la Constitución tiene su fundamento en la supremacía jerárquica de ésta y por ello se aplica a cualquier escalón de la jerarquía normativa y a cualquier órgano llamado a la aplicación de normas, en concreto al poder judicial. La propia Constitución Española positiviza el carácter general de esta exigencia lógica al decir que "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución" (art. 9.1), sin hacer distinción alguna entre estos últimos.

Los jueces, por tanto, interpretarán las normas a aplicar de modo conforme con la constitución. Por tal vía, la norma constitucional incide sobre el contenido del ordenamiento no sólo de modo excluyente, en cuanto que obliga al juez a la no aplicación de la norma inconstitucional, sino también de modo positivamente informador. El principio de interpretación conforme a la Constitución hace de ésta el fundamen-

to de una manera de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico. La norma constitucional no incide sobre la acción del juez a través del intermedio de la ley, sino que, aparte de los supuestos de aplicación directa, incide de una manera inmediata en cuanto criterio de interpretación que reduce en mayor o menor medida las posibilidades de interpretación que el tenor literal de la ley contiene. La constitución es fundamento de la unidad del ordenamiento no sólo en el sentido formal, porque todas las normas son reconducibles a ella, sino también en el sentido material: además de informar la ley en la forma que hemos visto, el principio de interpretación conforme a la constitución confiere mayor unidad a la creación jurisprudencial de derecho.

4. La constitución como límite

A/ LA CONSTITUCION COMO LIMITACION FORMAL.- De la constitución como límite del poder cabe hablar en dos sentidos distintos. En primer lugar, la constitución opera como límite del poder normador en cuanto lo somete a formas, al margen de la concreta regulación que le imponga. En un segundo sentido, el más habitual, se habla de la constitución como límite tan sólo cuando las normas constitucionales imponen una determinada organización, cuando establecen determinadas exigencias, en concreto cuando establecen las instituciones de la democracia liberal.

La tesis que aquí se sostiene es que toda constitución, sea cual sea su contenido, es un principio de limitación, por cuanto somete a formas el poder de creación normativa. En ello hay además un límite del poder político, pero éste no es el problema, porque aquí nos ocupamos del poder de creación de normas, no del poder político como tal. Y la constitución limita ese poder normativo al someterlo a formas, esto es, al atribuirlo a un sujeto y no a otro, y al someterlo a ciertos

requisitos formales que introducen un mínimo de previsibilidad.

Si la constitución determina en qué condiciones orgánicas y procedimentales una voluntad política vale como voluntad del Estado, como derecho, es obvio que la constitución delimita el poder político a secas y el poder del Estado, lo que significa que limita aquél, le impone ciertos requisitos para convertirse en poder del Estado. Una constitución cuyo contenido fuera simplemente " es derecho la voluntad del Rey"(o del Jefe del Estado, o del Führer, o del Caudillo) impone a todo voluntad política que quiera convertirse en derecho el requisito, el límite, de tener que convertirse previamente en voluntad de ese individuo que ostenta ese poder constitucional absoluto.

Esta consideración puede parecer trivial. No lo es en modo alguno. La existencia de una norma constitucional, y mucho más de normas escritas, supone una distinción entre quienes tienen poder jurídico y quienes no lo tienen, y en esa medida implica una limitación del poder de estos últimos. Esta concentración mayor o menor del poder jurídico, y la paralela privación a que se somete a los otros sujetos, es capital para entender el Estado moderno y la teoría liberal del mismo, según veremos, y desde luego existe siempre que nos hallemos ante una constitución escrita. La constitución de cualquier Estado moderno supone la distinción entre los órganos del Estado y los sujetos que carecen de esa cualidad, y, por tanto, limita el poder de estos, aún cuando no limitase el poder de aquellos. Todo esto puede parecernos muy poco, pero desde luego no sería esa la opinión de quienes vivían en sociedades con ordenamientos preestatales en los que esa diferenciación no se daba. De este tema nos ocuparemos más adelante al tratar de las características del Estado moderno.

Por otra parte, también puede ser considerada como un límite la necesidad de que el poder creador de esos órganos se someta a ciertas formas. Con frecuencia esta sumisión a formas acompaña a una garantía de derechos, pero aún cuando esto no ocurra, aún cuando la constitución contenga tan sólo ciertas imposiciones de forma y procedimiento, cabe hablar de un mínimo de limitación consistente en la necesidad de someterse a esas formas. Sólo nos hallaríamos ante la ausencia total de límites si la norma constitucional estableciese que es derecho la voluntad de un determinado individuo, y nada más, pero la limitación empieza a producirse cuando se prescribe el modo en que actuará este sujeto, el plazo en que debe decidir, el modo en que tiene que dar a conocer la decisión, incluso aunque tales requisitos sean de factura muy generosa para quien ha de estar sometido a ellos. Y la limitación se incrementa si a ese sujeto se añaden otros órganos, con los que ha de compartir sus decisiones, aunque sea simplemente recabando de ellos un parecer no vinculante.

También estas consideraciones pueden parecer triviales, pero también aquí hay que objetar que no lo son en modo alguno. La normación de las formas y procedimientos introduce al menos un elemento de previsibilidad y certeza, siquiera sean mínimas. Al introducir esa previsibilidad y certeza, consustanciales al Estado moderno, se limita en la misma medida la arbitrariedad. Que en ello hay una cierta limitación del poder nos lo muestra la contraposición entre lo que podríamos llamar la lógica del derecho y la lógica del orden político puro y simple. Esta contraposición tiene múltiples formas de expresión, de las cuales no podemos ocuparnos aquí. En el caso de los regímenes fascistas la dinámica ilimitada del poder, del "régimen" como concepto contrapuesto al de derecho, exige pura y simplemente la supresión de toda forma, lo que muestra por vía indirecta hasta qué punto ésta es un lí-

mite mínimo. Es un hecho frecuentemente pasado por alto la resistencia de los regímenes fascistas, y en general autoritarios, a darse una constitución, aún cuando quienes ocupan el poder podrían elaborarla sin necesidad de pactar con nadie. Pero darse una constitución significa al menos imponerse formas, procedimientos, plazos, por ejemplo para que el Jefe del Estado nombre Presidente del Gobierno ....., y esto disminuye la absoluta libertad de movimientos que en esos regímenes necesita el poder para realizar sus objetivos. Cierto que podría violar impunemente sus propias normas, pero eso puede significar un cierto precio en prestigio, una excesiva evidencia, aunque no lleve acarreada consecuencia jurídica alguna.

B/ EL CONCEPTO LIBERAL DE CONSTITUCION.- Cuando se dice que la constitución es límite del poder no se suele hacer referencia al aspecto que acabamos de tratar. Ese mínimo logro se da por supuesto, y lo que se plantea es si la constitución garantiza al individuo una cierta esfera de libertad y organiza el Estado de modo que esa garantía sea efectiva. Se pregunta, por tanto, si la constitución cumple los postulados del liberalismo o, si se quiere, de la democracia liberal. Así planteado el problema está claro que su análisis no corresponde a este lugar, sino que debe ser afrontado al tratar particularizadamente el tipo concreto de constitución liberal o democrático-liberal.

Aún así, es necesario ocuparse de ese punto ahora, porque con alguna frecuencia lo que se pretende con ese planteamiento no es simplemente la descripción del contenido de la constitución liberal, sino que el contenido típico de ésta se presenta como requisito imprescindible para que quepa hablar de constitución. La limitación del poder al modo de las constituciones de tipo liberal y democrático-liberal no se presenta entonces como determinación del contenido de un tipo

concreto, sino como descripción del contenido que ha de tener toda constitución para serlo. Se trata así de una tesis relativa al concepto mismo de constitución, de la tesis que sostiene el concepto liberal de constitución. Vale la pena ocuparse de ese concepto y mostrar por qué es inaceptable, como concepto, aunque se puedan compartir las aspiraciones políticas que en él se ponen de manifiesto.

El origen de las modernas constituciones está ligado a la ideología liberal, cuyo contenido es a la vez la edificación del aparato del Estado —aspecto que con frecuencia se olvida— y su limitación o sumisión a unos determinados fines. Las primeras constituciones son las de los Estados Unidos de América y las de la Revolución Francesa, y en ellas no se trata tan sólo de fijar por escrito las normas que rigen el funcionamiento del Estado, sino que tales normas sólo se consideran auténticamente constitucionales si corresponden a un determinado ideal, la garantía de ciertas libertades y la división de poderes. Esta concepción queda plasmada en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional francesa en 1789, según el cual "toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene constitución".

Según esta concepción, por tanto, la constitución no es tan sólo el conjunto de las normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del Estado, ni tampoco una ley de especiales características formales, sino que tales normas sólo integran una constitución si en ellas se garantizan determinados valores. Se trata, en consecuencia, de un concepto valorativo de constitución que reproduce respecto de ésta la concepción valorativa del derecho, la concepción según la cual una norma sólo será jurídica si garantiza determinados valores, en concreto la justicia.

Este es el sentido del que se dotó la palabra constitución en las luchas políticas del siglo XIX, durante un período en el que la lucha por la dirección del aparato del Estado asumió la forma de lucha por la constitución. En España ese sentido alcanzó tal arraigo que dar vivas a la constitución significaba por sí mismo darlos a la libertad, e incluso en el siglo XX las normas constitucionales del régimen anterior, dictadas desde una ideología que se presentaba como radicalmente contraria a la liberal, evitaron cuidadosamente el término constitución y se denominaron Leyes Fundamentales. El propio nombre de la asignatura, Derecho Político en vez de Derecho Constitucional, se debe en buena medida a las significaciones políticas unidas al término constitución.

En la actualidad tal concepto de constitución goza de escasísimo predicamento. Es aceptado, por ejemplo, por K. Loewenstein, más teórico y filósofo de la política que jurista. En la doctrina jurídica europea, sin embargo, es prácticamente imposible encontrar alguien que restrinja de ese modo el concepto de constitución. Pero no así en España, donde esa concepción se ha venido imponiendo, al menos de hecho, en la medida en que la ciencia jurídica española se ha negado, con escasísimas excepciones, a considerar las Leyes Fundamentales del régimen anterior como leyes constitucionales.

Esta es la concepción que de manera explicita, y sorprendente, mantiene un jurista de la talla de Garcia de Enterria, en cuyo Curso de Derecho Administrativo, obra que contiene uno de los primeros análisis rigurosos de ciertos problemas de la Constitución de 1978, se puede leer (p. 84) que "lo que se entiende por Constitución es muy claro: el pueblo decide por sí mismo (éste es el famoso comienzo de la Constitución americana: "We, the people of the United States, do ordain and stablish this Constitution"; nosotros, el pueblo de

los Estados Unidos, ordenamos y establecemos esta Constitución): Primero, establecer un orden político determinado, definido en su estructura básica y en su función; segundo, pero, a su vez, en esa estructura ha de participar de manera dominante, si no exclusiva, el propio pueblo". Lo que no sea eso, simplemente no es constitución. Más adelante se afirma que "en la Constitución como instrumento jurídico ha de expresarse, precisamente, el principio de la autodeterminación política comunitaria", que "el principio limitativo del poder y de definición de zonas exentas o de libertad individual es, en efecto, el principio esencial del constitucionalismo" y que "el constitucionalismo nació como vehículo de esa concepción y hay que decir que continúa siéndolo".

En todas estas afirmaciones se contienen varios problemas distintos. En primer lugar, García de Enterria introduce una corrección importante en la concepción liberal de la constitución al construir su concepto no sólo sobre la garantía de la libertad, sino sobre el "principio de la autodeterminación política comunitaria", esto es, sobre bases democráticas, sobre el hecho de que "el pueblo decide por sí mismo". Pero esto supone una interpretación incorrecta del concepto de pueblo, que en la constitución americana que cita en modo alguno coincide con la comunidad; No hubo tal determinación comunitaria porque no existía sufragio universal. La supuesta "autodeterminación comunitaria" es descrita por A. De Tocqueville en "La democracia en América" admirativamente, por cierto, con estos términos: "En los Estados Unidos a excepción de los esclavos, los criados y los pobres mantenidos por los municipios, no hay nadie que no pueda ser elector". Por cierto, Tocqueville olvida mencionar otros ciudadanos que tampoco podían ser electores: las mujeres, esto es, la mitad de la población, que no adquiere tal derecho hasta 1920. Pero no se trata sólo de Estados Unidos. Si la autodeterminación comunitaria fuera real-

mente un requisito para poder hablar de constitución, no habría habido constituciones en ningún Estado Europeo durante la práctica totalidad del siglo XIX. El sufragio universal es un fruto tardío. Es discutible, por otra parte, que en lugar alguno el pueblo ocupe o pueda ocupar una posición dominante, y ya no digamos exclusiva, en la estructura política del Estado. Todo ello corresponde al denominado dogma de la soberanía popular, cuyo verdadero alcance y contenido veremos en su momento. Entonces veremos también a qué se debe el hecho, que llama tanto la atención a H. Heller, y a García de Enterria, de "que nuestros constitucionalistas no sepan decir nada acerca de la proposición: el poder del Estado proviene del pueblo". De esa proposición no es posible decir jurídicamente nada porque la proposición es en sí misma, jurídicamente considerada, un sin sentido: el pueblo no es pueblo más que cuando está organizado en Estado.

El elemento democrático, por tanto, no puede formar parte del concepto liberal de constitución. El propio autor cuya opinión se analiza parece insistir más en otros aspectos del concepto, en la idea de limitación del poder, que es en definitiva el núcleo de la concepción clásica. Si con ello se quiere decir que la idea básica del constitucionalismo es la libertad, la afirmación es cierta, sin duda alguna. Pero constitucionalismo y constitución no son la misma cosa. El constitucionalismo es una ideología política que utiliza un determinado concepto de constitución, precisamente ese concepto liberal, del mismo modo que utiliza un determinado concepto de ley o de jurisdicción. Pero el concepto jurídico de constitución no puede construirse sobre esa base, exactamente por las mismas razones por las que no es lícito construir el concepto de derecho sobre el de justicia. La tesis liberal de la limitación del poder es el contenido del constitucionalismo, pero no puede serlo del concepto jurídico de constitución.

Una cosa es que una determinada ideología se halle en el origen de un determinado sector del ordenamiento y otra distinta, completamente distinta, es que ese sector del ordenamiento haya de definirse a partir de esa ideología y excluir del concepto las normas que no la recojan. El propio García de Enterría ofrece un ejemplo de esa distinción en el Curso que aquí se cita, en el cual (pags. 31 y ss.) se aborda el problema del concepto positivo (importantísima palabra) de derecho administrativo, al que se define como "un derecho de naturaleza estatutaria en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de administraciones públicas". Más tarde se afirma que una de las características del derecho administrativo es el "equilibrio entre privilegios y garantías", pero tal equilibrio entre los privilegios de la Administración y las garantías de los ciudadanos no es un elemento de la definición, sino una característica que puede cumplirse en mayor o menor medida; el propio autor lo define como un "equilibrio difícil, pero posible" (pag. 38), y desde luego no negaría la cualidad de derecho administrativo a una norma que, aún acorde con la definición, sin embargo regulase desequilibradamente los privilegios y las garantías en favor de cualquiera de los dos términos.

No hay ninguna razón para proceder de otro modo con las normas constitucionales. Toda norma que reúna los requisitos materiales o formales del concepto de constitución es constitución, tanto si respeta exquisitamente los derechos individuales como si no. Para estudiar el derecho constitucional como lo que es ante todo, como derecho, es necesario empezar definiéndolo desde datos jurídicos; la consideración ideológica es necesaria para describir el origen y contenido efectivo del ordenamiento concreto, o para enjuiciarlo, pero de ningún modo es posible utilizar ese criterio para determinar si algo es o no derecho y si algo es o no constitución. A

ello se oponen consideraciones teóricas —que no vamos a repetir aquí— y también importantes consideraciones prácticas. Si sólo se pudiera denominar constitución la norma que limita el poder, o a la que se basa en la autodeterminación comunitaria, resultaría prácticamente imposible llegar a un acuerdo sobre si hay o no hay constitución, porque el criterio sería puramente subjetivo. Respecto de la Constitución de 1978 no faltará quien esté dispuesto a negarle el carácter democrático o el carácter liberal, en función de una particular concepción de lo que es el liberalismo o de lo que es la democracia. Cualquier constitución de Europa ha sido objeto de ataques en ese sentido, y no falta quien compara la República Federal de Alemania con el III Reich, por insensato que pueda resultar este modo de simplificar las cosas. La constitución es y ha sido siempre objeto de debate político, y parece conveniente que éste se ponga a un lado al menos a la hora de definir si una norma, o un conjunto de normas, es o no es una constitución.

Se podría alegar, sin embargo, que a pesar de todo hay una diferencia, no sólo política, sino también jurídica entre las constituciones de tipo liberal democrático y las restantes, y que prueba de ello es que estas últimas no han sido objeto de atención por los juristas, al margen de cuál sea la ideología que estos profesen. Esta opinión es discutible en su descripción de los hechos: el derecho público alemán se constituye como ciencia con un ordenamiento constitucional que desde luego no encaja exactamente en el concepto liberal y menos en el democrático de constitución. Pero aunque eso fuera cierto, y lo es respecto de las constituciones autoritarias o dictatoriales, como la del anterior régimen, el desinterés de los juristas no se debe tanto a que no se trate de una constitución cuando al hecho de que en ella la verdadera normación es mínima, es decir, la mayor parte de las cuestiones de organización del poder normativo, y de limitación de su contenido, quedan

abiertas,· y el estudio de los problemas constitucionales puede desplazarse perfectamente hacia el campo del derecho administrativo, tal como ha ocurrido en España en la vigencia del anterior ordenamiento jurídico.



PARTE SEGUNDA

LECCION SEXTA

EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESTATAL

SUMARIO: 1.- Planteamiento. 2.- Acepciones del término Estado. 3.- Estructura de los ordenamientos estatales: A/ Supremacía del aparato del Estado en la creación jurídica: a) La creación normativa dispersa en los ordenamientos pre-estatales. b) La jerarquización de la creación normativa en los ordenamientos estatales. B/ El monopolio del poder público por el aparato del Estado: a) Concepto de poder público. Poder público y poder político. El concepto jurídico de poder público. b) Aspectos del monopolio del poder público. c) El monopolio de la coacción. Su importancia y alcance. La paz jurídica. 4.- El aparato del Estado: A/ La funcionarización como principio general. B/ La Administración a cargo de funcionarios. C/ La Justicia. D/ El Poder Legislativo como parte integrante del aparato del Estado.

1.- Planteamiento.

Hasta ahora hemos venido considerando el concepto de constitución como una categoría general que engloba toda norma dotada de ciertas características materiales o formales, y hemos puesto a un lado el problema de los posibles contenidos de la norma constitucional. Ahora se trata de circunscribir el análisis a un tipo concreto de constitución, a la que se

denomina Constitución democrático-liberal, que se caracteriza por un determinado contenido, por organizar el poder de normación de modo tal que sirva a un valor básico: la libertad. No se trata tan sólo de que el poder de normación únicamente pueda operar dentro de las normas constitucionales, lo que jurídicamente es universal, sino también de que éstas lo organicen y regulen de modo tal que determinadas materias le queden sustraídas, que determinados campos de la actividad humana resulten así libres. La constitución viene a concebirse de este modo como una garantía jurídica de la libertad individual.

Es habitual que en esta consideración del problema todo el acento se ponga en uno de sus aspectos: la limitación del poder normativo. Y, efectivamente, un elemento básico del constitucionalismo liberal y democrático es la fijación de unos límites al poder normador o, lo que es lo mismo, a la creación de derecho. Sea cual sea el concepto que se tenga de libertad, ésta reposa en cualquier caso sobre la idea de autodeterminación y supone, en consecuencia, que se imponga un límite a la acción del otro, en este caso a la acción de quien está facultado para crear normas jurídicas. Así vistas las cosas, la conexión de la idea de libertad con la idea de límite es sin duda correcta y apunta a un aspecto esencial del problema.

Ahora bien, la cuestión está mal planteada, y su análisis conduce a resultados insuficientes, cuando en esta conexión de las ideas de libertad y límite del poder normativo este último se concibe tan sólo como límite del poder del aparato del Estado, del poder del sujeto que hoy ocupa una posición preeminente —ya veremos cuál— en la creación de derecho. La libertad se concibe entonces como libertad frente al poder normador del Estado y su exigencia básica es la de fijar los límites a la acción de éste.

Al afrontar así la cuestión se apunta sin duda a un aspecto importante del problema, el que hoy nos resulta desde luego más visible. Pero con ello se olvida al mismo tiempo algo que es el presupuesto sin el cual el problema mismo no se plantearía: la propia concentración del poder normador en el Estado. Esa concentración del poder, y la existencia misma de Estado, no es en absoluto algo ajeno a la idea de libertad, un fenómeno ya dado al que se trate de poner límites en nombre de esa exigencia. Por el contrario, la libertad no es sólo la razón del límite al poder del Estado, sino que es también la razón de la existencia de éste y de su poder.

En consecuencia, al tratar de explicar la peculiar estructura que imprimen a los ordenamientos jurídicos las constituciones democrático-liberales, no podremos partir tan sólo de la necesidad de limitar el poder del Estado sino también de la necesidad de constituirlo. El examen de esa estructura requiere, por tanto, que se tome como punto de partida la existencia de Estado, y que sólo a partir de ella se afronte la cuestión de la limitación de su poder.

2.- Acepciones del término Estado.

La palabra Estado puede utilizarse en un sentido muy amplio para designar cualquier comunidad jurídicamente organizada o, para ser más precisos, el ordenamiento jurídico de cualquier comunidad, sea cual sea su estructura, su modo concreto de organización. En este uso el término es aplicable a cualquier época histórica, y así se dice que España o Francia son Estados, pero la misma cualificación se aplica a Atenas o a cualquier "polis" griega cuando se la denomina "ciudad-Estado". En este sentido sería posible hablar incluso de Estados nómadas o de Estados tribales.

Usualmente, sin embargo, el término Estado se reserva para aquellas comunidades, u ordenamientos, que tienen un determinado grado de centralización, del que vamos a ocuparnos aquí. Este es el uso que se da al término cuando se habla del nacimiento del Estado como un fenómeno moderno —lo que da lugar a la redundancia de Estado moderno— o cuando se niega la cualificación de Estado a formas de organización jurídica anteriores, distintas de las que hoy nos son conocidas. Aquí la palabra Estado designa una forma de organización, una determinada estructura del ordenamiento que nace en una determinada época y que quizá sea substituida algún día por una forma de organización distinta.

En tales ordenamientos, de los que vamos a ocuparnos aquí, la centralización se produce en favor de un conjunto de sujetos y órganos, de "poderes", dotados también de una especial forma de organización. También a ese conjunto de órganos se le denomina Estado. En este uso la palabra Estado no designa la comunidad ni su ordenamiento, sino tan sólo determinados sujetos o, si se quiere así, un ordenamiento parcial.

La palabra Estado, por tanto, en su uso limitado a determinadas formas de organización jurídica, las modernas, tiene dos acepciones fundamentales:

a) En la primera de ellas se llama Estado a la propia comunidad jurídicamente organizada o, de modo más preciso, al propio ordenamiento jurídico de la comunidad. Se suele hablar entonces de "Estado-comunidad" —aunque en rigor el Estado no es la comunidad misma, sino su ordenamiento jurídico—. En el lenguaje común la palabra Estado en este sentido se ve substituida frecuentemente por la denominación nacional, España, Francia, etc., pero aparece en ciertas ocasio-

nes, por ejemplo, cuando se habla de relaciones entre Estados o cuando se dice que una determinada comunidad se ha constituido en Estado independiente. Y la misma idea asoma en aquellos casos en los que la comunidad es designada por la forma de Estado, por ejemplo cuando se habla de la República Federal de Alemania o de la República Argentina.

b) En la segunda acepción la palabra Estado ya no designa la comunidad, sino a ese conjunto de órganos dotados de los poderes que vamos a examinar. En tal caso se habla de "Estado-aparato". Este es el sentido que tiene el término en el lenguaje vulgar cuando se dice, por ejemplo, que el Estado manda algo, o que algo es del Estado, o que alguien es funcionario del Estado. En esta segunda acepción el Estado designa un conjunto de sujetos y órganos distintos de los particulares. Y aún cabe hacer una nueva diferenciación, como ocurre cuando el término Estado se identifica con un sector de esos sujetos y órganos, distinto del que integran los Municipios, las Provincias, etc.

En la Constitución Española la palabra Estado aparece utilizada en los dos sentidos que aquí se explican. Se utiliza en sentido de Estado-comunidad cuando se dice, en el art. 1.1. que "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho", o cuando se habla de la capital del Estado (art. 5), de la defensa del Estado (art. 97) o de su territorio (art. 139.1). Del mismo modo se usa la palabra cuando en el Título VIII se regula "la organización territorial del Estado" en unidades menores, Municipios, Provincias y Comunidades Aut-onomas.

El uso del término Estado como Estado-apara-

to es en la Constitución mucho menos frecuente, y se ve substituido en múltiples ocasiones por la expresión poderes públicos, mucho más ambigua y problemática. Aparece, sin embargo, cuando se dice que los poderes del Estado emanan del pueblo (art. 1.3), frase en la que el Estado y la comunidad se encuentran diferenciados, y también en la denominación Presupuestos Generales del Estado (art. 134) o en la obligación de indemnización a cargo del Estado que prevé para determinados supuestos el art. 121, o cuando se habla de las instituciones básicas del Estado (art. 86).

Dentro de esta acepción del término, Estado-aparato, la Constitución hace aún un uso más restrictivo cuando lo contrapone a los Municipios, las Provincias y las Comunidades Autónomas. Así aparece claramente en los artículos 148 y 149, en los que se distribuyen las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Aquí evidentemente se trata de las competencias de los sujetos que integran el aparato del Estado, considerados como algo distinto de los que corresponden a las Comunidades Autónomas, las cuales desde luego forman parte del Estado entendido como comunidad.

En estas lecciones evidentemente vamos a utilizar el término Estado para referirnos tan sólo a determinadas formas de organización, contrapuestas a las pre-estatales. Y dentro de esa acepción del término lo vamos a usar en sus dos posibilidades, como denominación del propio ordenamiento jurídico (Estado-comunidad) y como denominación de un conjunto de sujetos (Estado-aparato), entendido aquí sin diferenciaciones entre Estado, Municipios, etc. En cada caso precisaremos, si no resulta del contexto, la acepción concreta en que se usa el término. En esta lección nos vamos a ocupar sobre todo de la estructura estatal, de los rasgos estructurales que per-

miten calificar a un ordenamiento como Estado, y dentro de esa acepción habremos de ocuparnos, naturalmente, del aparato del Estado.

La expresión "ordenamientos jurídicos pre-estatales" no se va a utilizar, evidentemente, para referirse a todos los ordenamientos que carecen de las características del Estado. Con ella se pretende designar fundamentalmente el ordenamiento jurídico medieval en sus rasgos generales, muchos de los cuales persisten hasta finales del XVIII. Si bien desde el siglo XIII se producen importantes cambios en su estructura, desde entonces hasta las revoluciones liberales no se realiza por completo la estructuración estatal de esos ordenamientos y perviven, aunque sea en situaciones de conflicto, muchos de los elementos que caracterizan la estructura del antiguo ordenamiento jurídico. Está de más advertir que aquí no se va a tratar de su evolución —no se trata de hacer historia del derecho— y que, por tanto, la caracterización ha de resultar forzosamente muy general y quizás imprecisa.

3.- Estructura de los ordenamientos estatales.

A/ SUPREMACIA DEL APARATO DEL ESTADO EN LA CREACION JURIDICA.- a) La creación normativa dispersa en los ordenamientos preestatales. Posiblemente la característica más profunda y general de todo ordenamiento jurídico-pre-estatal es el carácter disperso, no centralizado, de la creación de normas. Esta tiene lugar en una multiplicidad de centros y a través de una gran diversidad de formas. Aquí interesa destacar que, en primer lugar, la creación del derecho transcurre en buena medida al margen del que podemos considerar germen del Estado moderno: la monarquía. En sengundo lugar, la ley, el derecho legislado, ocupa en el conjunto de la creación jurídica un papel claramente secundario. Mientras que

para la ciencia jurídica moderna el derecho es creado, puesto, por un aparato centralizado de poder, y vale en cuanto creado o puesto por él, para la doctrina preestatal, y singularmente para la medieval, el derecho nace al margen de la monarquía, del germen del actual aparato estatal, y no deriva su validez de él. Derecho y poder son nociones distintas y contrapuestas y aquél es independiente de éste y anterior.

El ordenamiento jurídico medieval está estructurado con arreglo al principio de la dualidad de derecho popular y derecho real. El primero, el derecho popular, se podría definir como el derecho derivado de la voluntad popular o, con mayor precisión, como derecho de creación popular, aunque esta definición deber ser aclarada en el sentido de que el concepto de pueblo no significaba lo mismo que en el momento actual. Mientras que nosotros entendemos por pueblo, al menos en el sentido jurídico del término, un conjunto indiferenciado de individuos, el pueblo se concebía anteriormente como un conjunto estructurado, integrado por estamentos y grupos, de modo que la denominación abarcaba al conjunto de los grupos cuyo consentimiento era necesario para ciertos actos del monarca (nobleza, clero, burguesía ciudadana, etc.). Al decir que el derecho popular es derecho creado por el pueblo se quiere significar que era el pueblo, o algunos de sus elementos integrantes, quien lo creaba, y que ese derecho no dependía tan sólo de la voluntad regia . El derecho popular era fundamentalmente derecho consuetudinario, derecho creado por la costumbre, y su innovación era el resultado de un procedimiento en el que participaban el rey y los afectados. Independientemente del peso que tuvieran en cada momento, o según las diversas doctrinas, la voluntad real y la popular, lo cierto es que en ningún momento podía el Rey modificar el derecho popular por su sola voluntad. Un papel similar al del derecho popular correspondía al

llamado "Common Law" inglés, derecho de creación judicial que se fundamenta en el derecho consuetudinario y pactado, y que en modo alguno aparece como resultado de una voluntad del poder político.

El otro elemento integrante de la estructura jurídica es el derecho real, el derecho creado tan sólo por la voluntad regia, unilateralmente y sin recabar ningún otro consentimiento. Aquí nos hallamos desde luego ante una vinculación de derecho y poder, en cuanto que aquél emana directamente de éste, pero el papel de ese derecho real era muy reducido por su propia naturaleza. El derecho real no ocupaba otro espacio que el que le dejaba libre el derecho popular y operaba en el campo de la administración regia, como lo que hoy llamaríamos derecho de organización y funcionamiento interno de la administración. Valía para todo el reino, a diferencia del derecho popular, de carácter local, pero en cambio éste primaba sobre aquél.

Este esquema simple está evidentemente sujeto a variaciones espaciales y temporales, ya que la relación entre ambos elementos no es ni idéntica en todo lugar ni estable en toda época. A partir de los siglos finales de la Edad Media se incrementa el papel del monarca en un doble sentido: en la innovación del derecho popular y en el papel que corresponde al derecho real. Pero, al margen de estas variaciones en el espacio y en el tiempo, puede decirse que sigue siendo válida la caracterización que hace Otto von Gierke del mundo jurídico del Medievo: "La doctrina medieval, en tanto siguió siendo auténticamente medieval, no abandonó nunca la idea de que el derecho es, respecto del Estado, algo originario o independiente". Salvando el uso discutible de la palabra Estado, lo que interesa destacar es que en la doctrina medieval, y en la realidad jurídica correspondiente,

el derecho no es creación del poder político del Monarca, sino algo surgido al margen de él y constitutivo de una norma que pone límites a ese poder.

Esta característica del derecho medieval, que se ha descrito en relación con los titulares del poder de creación jurídica, puede describirse también, en relación con los modos de creación, diciendo que el derecho medieval no es un derecho legislado, no es un derecho creado por legislación. Es verdad que existe una legislación que altera e innova el ordenamiento jurídico, pero tal legislación como actividad normadora consciente desempeña un papel restringido en el mundo jurídico medieval y, en cualquier caso, un papel que luego será objeto de constantes disputas por la resistencia del antiguo mundo jurídico-político a las innovaciones procedentes del poder monárquico. El derecho es ante todo derecho consuetudinario, creado por la costumbre, o derecho de juristas, creado por éstos en cuanto jueces o en cuanto maestros y prácticos del derecho. La formación de reglas generales no es el resultado de una actividad programadora, sino de las sucesivas soluciones eleboradas para resolver los litigios, sin que exista aún nada parecido a la actual programación legislativa de las decisiones judiciales.

b) La moderna concentración y jerarquización de la creación normativa en los ordenamientos estatales. En lo que se refiere a la creación normativa, los ordenamientos jurídicos estatales ofrecen un panorama que no es exagerado calificar como radicalmente distinto al de los ordenamientos preestatales: la creación jurídica tiene lugar de modo jerarquizado y notablemente centralizado, y en su cúspide se encuentra el derecho escrito que crea el aparato estatal. Aquí no vamos a examinar en detalle esta cuestión —hacerlo sería tanto como exponer el moderno sistema de fuentes en su conjunto— pero sí es ne-

cesario señalar alguna de las características más sobresalientes del fenómeno.

En primer lugar, la centralización y jerarquización en favor del aparato del Estado no significa exactamente un monopolio por parte de éste ni tampoco un monopolio de la ley, del derecho escrito, sobre las demás formas de producción jurídica. El ordenamiento jurídico puede reconocer validez a normas procedentes de ordenamientos extranjeros, como ocurre con los fenómenos de recepción de normas de otros Estados o con el derecho canónico. El ordenamiento jurídico, por otra parte, puede permitir que diversas instituciones sociales normen de un modo u otro ciertos sectores de su actividad, tal como ocurre con las grandes asociaciones y empresas. Además, junto a los derechos así creados por decisión, en un acto normativo consciente, subsiste el derecho consuetudinario, creado por repetición de actos que no están conscientemente dirigidos a la creación de normas. Nuestro Código Civil, como hemos visto, establece en su art. 1.1 que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Derecho y ley, por tanto, no son términos equivalentes.

De ello se desprende que el ordenamiento jurídico no concentra por completo en manos del Estado, del aparato estatal, el poder de programar la actividad de los órganos de la coacción, sino que pone éstos también al servicio de la programación que establezcan otros sujetos, a los que confiere así una parcela de poder normador. La tesis del monopolio estatal de la creación normativa no es acorde con la realidad, si por monopolio estatal se entiende monopolio por el Estado-aparato. Tal tesis más bien expresa un programa político, un proyecto respecto de la estructuración que se desea dar al ordenamiento, o bien constituye una formulación errónea del

fenómeno de la elevada centralización en favor de ese aparato. Se trata de una tesis típica del siglo XIX. La teoría pluralista, la teoría de la pluralidad de ordenamientos, tiene el indudable mérito de haber puesto de relieve que en el interior del ordenamiento jurídico existen sectores que no son de creación estatal, sino resultado de la acción de otros sujetos y poderes sociales a los que se reconoce capacidad normadora en una u otra medida.

Ahora bien, aunque ni el aparato del Estado, ni la ley —su derecho escrito— ostenten un monopolio en la creación normativa, ésta se encuentra jerarquizada y en esa jerarquía el Estado y la ley ocupan un lugar de absoluta preferencia.

En primer lugar, si bien el ordenamiento puede reconocer validez al derecho extranjero, ésta se encuentra supeditada a la recepción del mismo por los órganos del aparato estatal, y otro tanto puede decirse respecto del derecho canónico en aquellos ordenamientos en que se le atribuye alguna fuerza normativa. El valor de esos ordenamientos extranjeros requiere su reconocimiento por el aparato estatal y supone, por tanto, la supremacía de éste.

El mismo fenómeno se produce en cuanto al derecho creado en el interior del ordenamiento jurídico por sujetos distintos del aparato estatal. La supremacía del derecho creado por el Estado se pone de manifiesto no sólo en el carácter sectorial de esos ordenamientos, sino también en el hecho de que el poder normativo de esos sujetos les viene atribuido por el derecho del Estado y las normas que creen se encuentran subordinadas en su validez a las de éste. Si una buena parte del derecho laboral, por ejemplo, es creado por acuerdo entre las partes, el fenómeno sólo es posible jurídicamente por-

que el Estado, por las razones que sea, considera necesario que esa normación tenga lugar de esa forma y no por la actividad de sus propios órganos.

Lo mismo puede decirse de la relación entre el derecho escrito, legislado, y el derecho consuetudinario. La génesis del Estado moderno está ligada a la imposición del derecho legislado sobre el derecho cunsuetudinario o sobre el derecho creado por los juristas, que caracterizó fases anteriores de la evolución jurídica. Aunque en la actualidad siga existiendo derecho creado por costumbre, éste ocupa un espacio cuantitativamente marginal y cualitativamente subordinado, lo que significa que puede ser derogado por la ley, fenómeno este de capital importancia en la evolución del derecho. Aquí no es posible explicar su origen, pero sí cabe señalar que está ligado a la necesidad de hacer mudable el ordenamiento (derecho decidido) y a la de conferir uniformidad y aceptación generalizada a las normas jurídicas.

B/ EL MONOPOLIO DEL PODER PUBLICO POR EL APARATO DEL ESTADO.- a) Concepto de poder público. Poder público y poder político. El concepto jurídico de poder público.

Al decir que el Estado ostenta el monopolio del poder público, la expresión "público" debe entenderse en un sentido jurídico, y no como equivalente a poder político, tal como suele hacerse con cierta frecuencia. La expresión poder político ofrece el inconveniente de su extrema indeterminación, ya que es sumamente difícil encontrar un criterio que nos indique dónde acaba lo político y empieza lo no político, lo que habríamos de considerar social o económico. Es difícil encontrar algún poder que no tenga alguna incidencia política, y lo es

también dar con algún sector de la vida que no se vea afectado por poderes políticos de una manera directa o indirecta. Además, aún en el supuesto de que fuese posible determinar con precisión un concepto de poder político, sería erróneo atribuir al Estado el monopolio de tal poder. Tal atribución es propia de la situación originaria del Estado liberal, en la que se supone, incorrectamente, que no hay más sujeto político que el Estado y que las relaciones entre los individuos en cuanto transcurren al margen del Estado están "despolitizadas". Sea cual sea el concepto que se tenga del poder político, ni la conciencia común ni la científica desconocen hoy el hecho de que, al margen del Estado, operan hoy también poderes políticos no estatales, como son las Iglesias, los sindicatos, las asociaciones empresariales, los diversos grupos de interés, etc. En este sentido es perfectamente correcta la crítica que hace la moderna ciencia política a la identificación de la política con el Estado, a la reducción de aquélla a éste. La política, el poder político, son mucho más amplios que el Estado, y la ciencia política ya no puede ser tan sólo ciencia del Estado.

Por poder público vamos a entender aquí un poder jurídico que implica una situación de superioridad o supremacía a la que corresponde una situación de sujección en los individuos sometidos a ese poder.

Esa superioridad consiste concretamente en la posibilidad de imponer deberes de una manera unilateral, sin el consentimiento de aquel que ha de quedar sujeto a ellos. A esta categoría pertenecen, por ejemplo, la potestad sancionatoria, la expropiatoria, la de policía, etc. En todas ellas se trata de potestades concedidas directamente por el ordenamiento jurídico, sin que haya mediado previamente un pacto, acuerdo, o acto jurídico alguno; en todas ellas el contenido es la posibilidad de imponer a otros un deber o una obligación sin necesi-

dad de contar para ello con su consentimiento.

En esta caracterización del poder público es de capital importancia la relación jurídica conexa: la sujeción. Frente al titular del poder público los demás sujetos se encuentran en una relación de sujección, entendida en su sentido más estricto, como la obligación de soportar el gravamen resultante del ejercicio del poder, el efecto que su ejercicio pueda producir en la esfera jurídica del sujeto. El poder público supone, por tanto, una sujeción impuesta por el propio ordenamiento, al margen de la voluntad del sujeto, como es el caso de la relación general de sujección a la potestad de policía o de la relación especial de sujeción de los soldados o de los funcionarios públicos.

Conviene indicar que aquí el poder público se entiende por completo al margen de toda valoración. Público no significa en absoluto que afecte al interés público ni tampoco que sea ejercido por algún ente público. Se trata de una definición en la que se pone a un lado todo elemento material, relativo a la finalidad que se persiga con tal poder o al sujeto que lo ejerza. Es importante señalar este extremo, porque en la actualidad, y en concreto en el llamado Estado de derecho, el poder político se atribuye de manera limitada y sometida a condiciones y, además, no como un instrumento para perseguir cualquier tipo de fines, sino como una potestad-función dirigida al interés colectivo o, si se quiere evitar esta expresión tan imprecisa, dirigida a intereses no individuales o particulares. Esto, sin embargo, es una característica de los ordenamientos modernos, o debe serlo, y sería perfectamente posible que no se diese, sin que por ello resultase alterado el concepto de poder público. Este podría otorgarse para cualquier fin, para fines privados también, y puede ocurrir, de hecho ocurre, que sujetos que persiguen intereses públicos, por ejemplo benéfi-

cos o culturales, carezcan sin embargo de poder público. La atribución de poder público depende del ordenamiento y se efectúa de un modo u otro según los criterios que los informen.

b) Aspectos del monopolio del poder público.

El poder público tiene multiples manifestaciones, que corresponden a los diversos modos en que es posible la imposición unilateral de deberes y obligaciones.

En primer lugar, el deber puede ser impuesto unilateralmente por la norma, de modo que la relación jurídica de sujeción se traduzca en un deber jurídico del individuo por obra del propio legislador, " ministerio legis". Este es, por ejemplo, el caso de la obligación tributaria en nuestro ordenamiento, en el que nace directamente de la ley, sin necesidad de que intervenga un acto de un funcionario que la constituye.

En otros casos el deber, más precisamente obligación, nace de un acto concreto de un individuo al que el ordenamiento jurídico otorga ese efecto porque lo convierte en condición para que se dé una sanción. Si ese acto consiste en la imposición unilateral de un deber nos hallamos ante el ejercicio de un poder público, poder que se da porque el ordenamiento habilita a un individuo para imponer unilateralmente a otro un deber cuyo incumplimiento da lugar a una sanción, que puede ser competencia de ese mismo sujeto o de otro.

Por último, es también un deber impuesto unilateralmente el deber de someterse al uso de la coacción, cualquiera que sea el supuesto que la haya provocado. Esto resulta muy claro en el supuesto de que ese uso de la fuerza consista en una coacción directa, en fuerza no sancionadora, ya que

aquí nos hallamos ante un acto que debe ser soportado por el afectado sin que se haya producido el imcumplimiento de un deber previo. Pero ocurre lo mismo en el supuesto de la sanción, ya que, al margen de que se haya asumido voluntariamente el deber cuya omisión la genera, el deber de soportar la sanción es distinto del que se incumplió. El deber de soportar la ejecución forzosa sobre nuestro patrimonio por no haber pagado una deuda es evidentemente distinto del deber mismo de pagarla. El poder para hacer uso de la coacción es, por tanto, un poder público por excelencia, ya que supone la obligación de soportar también contra nuestra voluntad el acto coactivo.

El monopolio del poder público, por tanto, se manifiesta en estos tres elementos, en ciertos aspectos de la potestad normadora, en la potestad de llevar a cabo actos que generen deberes unilateralmente y en la potestad coactiva en sí misma. De los dos primeros aspectos nos vamos a ocupar aquí muy brevemente, y del tercero lo haremos en el siguiente apartado, dada su especial importancia.

En el caso de la potestad normadora está claro que se ejerce un poder público no sólo cuando se imponen deberes a los ciudadanos, sino también cuando se regulan los aspectos adjetivos de la coacción, esto es, los aspectos orgánicos y de procedimiento, porque las normas orgánicas y procedimentales generan para el poder sancionador deberes a los que no puede sustraerse. El monopolio del Estado afecta indudablemente a este sector, de modo que la normación por otros sujetos, o por los grupos sociales queda limitada a la programación, esto es, a la determinación de supuestos, y esto restrictivamente, es decir, a los supuestos en que el deber sea de creación bilateral. La organización de la jurisdicción es un monopolio del aparato del Estado en los ordenamientos modernos.

La potestad de realizar actos que dan lugar al nacimiento de deberes sin el consentimiento del afectado es el contenido propio de las potestades administrativas y constituye también monopolio del Estado, monopolio sometido además en el Estado de derecho a toda una regulación especial que da origen al derecho administrativo. Es una característica capital de los ordenamientos estatales el que sólo el aparato del Estado pueda imponer deberes y exigir prestaciones tales como impuestos, servicio de armas, trabajo, etc., y que sólo el aparato del Estado pueda ejercer potestades públicas. En esto se encuentra una diferencia de máxima significación respecto de los ordenamientos preestatales incluso en su fase final; en ésta la pervivencia del régimen señorial supone la de potestades públicas en manos privadas, vinculadas a posiciones de derecho privado.

c) El monopolio de la coacción. Su importancia y alcance. La paz jurídica.

1) Dentro del monopolio del poder público el de la coacción reviste una capital importancia, dado que a él se encuentran estructuralmente ligados los otros dos aspectos y la misma centralización del poder normador. Respecto de ésta hay que recordar algo que ya se ha indicado antes: cuanto mayor es la diferenciación interna de una sociedad tanto más depende de la fuerza la confianza generalizada en el ordenamiento, que ya no puede fiarse a la congruencia con valores y modos de conducta generales. Este es el motivo de que la creación normativa se centralice en manos de quien monopoliza esa fuerza y la creación descentralizada, en las diversas formas que señala el pluralismo jurídico, ocupe una posición a la vez sectorial y subordinada.

El monopolio del poder público se encuentra también estructuralmente ligado al de uno de sus aspectos,

la coacción. La posibilidad de hacer efectivo el deber unilateralmente impuesto depende estrechamente de la disposición sobre la coacción necesaria para sancionar su incumplimiento, y de ahí que la génesis del Estado moderno y su desarrollo tengan como uno de sus principales motores la progresiva concentración del poder coactivo en manos del aparato administrativo del Monarca. Y de ahí también que incluso hoy en día la administración pública goce, según veremos, de un privilegio que le permite ejecutar coactivamente sus actos, sin necesidad de acudir a los tribunales para recabar de éstos el apoyo de la coacción pública.

2) La primera característica a señalar en los ordenamientos estatales es que en ellos sólo el Estado puede ejercer coacción física sobre los individuos . Esta característica se suele describir diciendo que el Estado tiene el monopolio de la coacción; en otros términos, el monopolio de la violencia. Se trata, por supuesto, del monopolio jurídico, de que sólo el Estado está jurídicamente habilitado para ejercer la fuerza, que sólo la fuerza estatal es legal. Pero eso no significa que se dé en la misma medida un monopolio de hecho. El monopolio puede coexistir con una situación en la que, de hecho, también otros sujetos ejerzan una fuerza coactiva, que será ilegal. Este es un problema que en todo caso afectará a la eficacia del ordenamiento jurídico.

En el análisis de este monopolio de la coacción hay dos aspectos que nos interesan. El primero es el que podríamos llamar "negativo", la negación del uso de la fuerza por los particulares, el hecho de que la totalidad de éstos se ven despojados de la posibilidad de acudir por sí mismos a la coacción. El segundo aspecto es el que podríamos llamar "positivo", el modo en que se organiza esa fuerza en el aparato del Estado.

En relación con este segundo aspecto hay que limitarse a unas breves indicaciones, ya que el examen detenido del problema corresponde a la teoría del Estado de derecho.

El monopolio de la coacción por el Estado implica negativamente que los particulares se ven privados de la posibilidad de recurrir a la misma, lo que significa que todo uso de la fuerza está penalizado, constituye una ilicitud penal (con las excepciones que veremos). Pero no se trata tan sólo de que se prohiba su uso cuando éste no se dirige a proteger un derecho de quien la ejerce, sino que se prohibe también cuando se destina a la pretensión o realización de un derecho propio. El Código Penal tipifica como delito el uso de la fuerza con independencia de tal circunstancia, al margen de que tal uso se dirija o no a la realización del propio derecho. Y, más aún, en su art. 337 pena expresamente al que "con violencia o intimidación se apoderase de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella". La prohibición general del uso de la fuerza significa la prohibición del sistema que se conoce como de "autotutela".

La prohibición del uso de la fuerza por los particulares para la defensa del propio derecho o para la realización del mismo da lugar a lo que se denomina principio de la paz jurídica. Con arreglo a ese principio todo individuo que quiera hacer valer una pretensión jurídica frente a otro que ofrece resistencia tiene que someter su pretensión a un tribunal, para que declare si la pretensión es o no conforme a derecho (juicio declarativo); además, para imponer efectivamente la pretensión declarada conforme a derecho, tendrá que recurrir al tribunal a fin de que éste ordene la aplicación de la coacción física (juicio ejecutivo). Esta coacción, por otra parte, no puede ser más que coacción ejercida por funcionarios, lo que se conoce con el nombre de coacción pública. Los particulares, por tanto, no pueden declarar su derecho por su autoridad privada ni pue-

den tampoco imponerlo efectivamente con el uso de sus propios medios coactivos. El único sujeto que se encuentra exento de esta carga de recurrir a los tribunales para obtener el apoyo de la coacción pública es la Administración Pública, cuyos actos son directamente ejecutorios y pueden, además, ser ejecutados por la propia Administración sin solicitar apoyo judicial.

La imposición de este principio de paz jurídica es el resultado de un largo proceso, en el que la evolución no afecta por igual a todos los elementos que la integran. En una fase del proceso evolutivo se exige tan sólo que los individuos recaben del tribunal la declaración de su derecho, pero la ejecución del mismo sigue en manos privadas. Sólo posteriormente se transfiere también la ejecución a la coacción pública. La evolución, por otra parte, se entrecruza con la relativa a la creación de derecho, de forma que para comprender en todo su alcance la paz jurídica hay que tener en cuenta los dos aspectos simultáneamente. En todo caso, puede decirse que la monopolización del uso de la fuerza, el establecimiento de la paz jurídica, es uno de los primeros pasos de la centralización, anterior incluso en sus rasgos esenciales al monopolio del poder público en general, y a la supremacía en la creación normativa. Por ello se ha podido decir que la jurisdicción es uno de los más viejos oficios del Estado.

Aun así, el principio tiene ciertas excepciones, como son, entre otras, la legítima defensa (art. 8, apartados 4, 5 y 6 del Código Penal), el estado de necesidad (art. 8, apartado 7) o la facultad correctora del padre sobre los hijos (art. 155 del Código Civil). En todos estos casos se permite que un particular haga uso de la fuerza, sin previa declaración y por sí mismo, para proteger un derecho o para realizarlo. Se trata de supuestos regulados muy restrictivamente, y conservados

tan sólo en virtud de que en ellos concurren circunstancias absolutamente excepcionales. En todos ellos, además, se trata únicamente de la protección o realización de un derecho preexistente.

Desde el punto de vista positivo, el monopolio de la fuerza por el Estado significa que sólo sus funcionarios pueden ejercerla. A esta caracterización básica se pueden añadir, sin embargo, otras que precisan el alcance del monopolio y que se han apuntado al exponer el principio de la paz jurídica: el monopolio no afecta sólo a la ejecución de la coacción, sino también a la declaración de que la ejecución debe darse. La característica del monopolio no es tan sólo que la fuerza coactiva se halle en manos de funcionarios, sino que éstos pueden usarla exclusivamente cuando lo disponen los poderes del Estado, sea la propia Administración en el caso de la coacción directa, sea el poder judicial en el caso de las sanciones, aunque en este terreno la Administración tiene también poderes propios. Este segundo aspecto es importante porque sería posible que, aún hallándose la fuerza coactiva en manos del Estado, éste, sin embargo, operase bajo el mandato de poderes no estatales, de particulares. Así ocurre, por ejemplo, cuando el Estado ejecuta las sentencias de los tribunales eclesiásticos, o cuando simplemente pone su fuerza coactiva al servicio de esos tribunales de cualquier otra manera. En este caso el monopolio del Estado se pone en entredicho o, si se quiere, nos hallamos ante una imperfecta realización del principio de la paz jurídica. Desde el punto de vista positivo, por tanto, el monopolio estatal de la coacción sólo se realiza si, además del monopolio en la aplicación de la misma, se da también el de la disposición sobre ella.

4. El aparato del Estado.

A/ LA FUNCIONARIZACION COMO PRINCIPIO GENERAL. La formación del aparato del Estado está ligada al modo de atribución de lo que hemos llamado poder público: éste se atribuye a funcionarios, a individuos sometidos a un régimen especial, y deja de estar en manos de particulares. Este fenómeno se suele caracterizar como separación del poder público y el privado, con lo que se quiere significar que el primero, la potestad de abligar unilateralmente, no se asigna a los individuos en virtud de su posición social y económica, de derecho privado, sino que su atribución como competencia se lleva a cabo a partir de las exigencias de la propia función, y sus titulares se someten a un régimen especial que tiende a asegurar su independencia respecto del entramado de poderes sociales sobre el que operan. Esas facultades se asignan a funcionarios en el sentido amplio del término, aunque no siempre a funcionarios en el sentido estricto.

Aquí radica una diferencia capital entre los ordenamientos jurídicos de estructura estatal y aquellos anteriores en los que existe un régimen señorial o feudal. En los regímenes preestatales el ejercicio de las funciones públicas, y la consiguiente titularidad del poder público, va unido a la posición social y económica de los individuos, de forma que poderes que hoy entendemos como propios del aparato estatal corresponden entonces a señores, o se asignan como si se tratase de derechos privados. El paso de ese régimen al que es propio del ordenamiento estatal implica la separación de esos planos, de modo que tales funciones públicas se constituyen como algo autónomo que se encomienda a profesionales, a funcionarios en el sentido amplio del término.

Este fenómeno se inserta en otro más general: la separación entre las posiciones jurídicas en su conjunto y la posición social y económica. Una de las características de

los ordenamientos actuales es que la función de crear normas, tanto de derecho público como de derecho privado, se atribuye independientemente de la posición social y económica de los individuos. Esta autonomización de la función jurídica se expresa en el principio de igualdad jurídica, que no significa en absoluto que se suponga una igualdad real, sino que se niega relevancia jurídica a la desigualdad real, aunque se reconozca eventualmente su existencia. Este fenómeno hace posible la separación de la esfera pública y la privada y hace posible, por tanto, que aquella se profesionalice. Pero significa también, en relación con la esfera privada, que ésta se construya exclusivamente sobre las bases del mutuo acuerdo.

A los efectos de determinar en qué consiste el aparato del Estado, lo que interesa aquí es que el poder público se desplaza de manos de los particulares a las de los funcionarios. Pero importa señalar también que, paralelamente a ese fenómeno, las relaciones entre particulares se "despolitizan" —en el sentido de que se dan en pié de igualdad jurídica— y con ello se constituye la esfera llamada sociedad, en la que no hay una supremacía jurídica. No obstante, conviene indicar también que la existencia de tal esfera no es un requisito esencial para que quepa hablar de Estado, y que cabría imaginar un ordenamiento en el que el Estado regulase unilateralmente las materias que hoy se regulan contractualmente, las materias que hoy pertenecen a la esfera llamada sociedad.

La autonomización del poder público, por tanto, significa que éste se desvincula de posiciones privadas y se atribuye a funcionarios en el sentido más amplio de este término, es decir, a individuos situados en un régimen peculiar a partir de las exigencias propias de la función a desarrollar. Ahora bien, la autonomización de la función pública no da lugar en todo caso al mismo tipo de configuración jurídica de los

sujetos que la ejercen, esto es, no siempre implica su traspaso a funcionarios en el sentido estricto del término. Ese traspaso tiene lugar en lo que podemos llamar Administración en el sentido más amplio del término, pero en cambio en el caso de la legislación la autonomización de la función pública no implica necesariamente el carácter funcionarial de sus titulares. El hecho de que haya que considerarlos como elementos integrantes del aparato del Estado se debe a que la función que ejercen se autonomiza respecto del entramado social y económico, pero esa autonomización transcurre por otras vías.

B/ LA ADMINISTRACION A CARGO DE FUNCIONARIOS. La realización más clara del principio de autonomización del poder público lo constituye la Administración integrada por funcionarios. Por tales hay que entender, al margen de las diferencias que puedan existir en los diversos ordenamientos, individuos que realizan su función como profesión permanente, que perciben por ello una remuneración con cargo al erario público, que son nombrados y no elegidos, y que se hallan sometidos a un régimen de jerarquización interna, a un régimen especial que configura su conjunto como un aparato jerarquizado.

Este es, en sus rasgos generales, el modelo tradicional del continente europeo, en el que conviene destacar dos elementos: a) La retribución con cargo al erario público es instrumento para asegurar la independencia respecto de las posiciones sociales y económicas, lo que sólo es posible si el ejercicio de la función es al mismo tiempo un medio de vida y si esa remuneración no depende del servicio prestado, sino que constituye un haber fijo. Para ello es necesario que exista un erario público no ligado a la eventual actividad económica del Estado, de sus funcionarios, sino alimentado a través de la recaudación fiscal.

b) El especial régimen jurídico a que se somete a los funcionarios tiende a asegurar la sumisión del conjunto a la voluntad del titular del poder de dirección del mismo, mediante una jerarquización y mediante la configuración del poder atribuido al funcionario no como simple derecho, sino como potestad-función, esto es, como potestad que se ejerce para un fín, para lo que se llama un fín público, y no para la satisfacción de intereses de su titular.

Esta Administración integrada por funcionarios constituye el núcleo del Estado moderno, hasta tal punto que durante siglos la palabra Estado se ha utilizado para designar precisamente el aparato de la Administración civil y militar del Monarca; aún persiste la tendencia a identificar el Estado con la Administración cuando consideramos que es con ésta, y no con aquél, con quien el ciudadano puede entrar en relaciones jurídicas. En la Administración integrada por funcionarios la autonomización del poder público tiene su expresión más cumplida.

C/ LA JUSTICIA. En el caso del poder judicial, de la Administración de Justicia, su pertenencia al aparato del Estado puede quedar oscurecida por la peculiar situación de ese poder en el Estado moderno, motivada por razones de índole política.

Por una parte, la autonomización de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de la función judicial, por tanto, se refleja en el hecho de que los jueces sean nombrados por la Administración o, en algunos casos, elegidos por todos los ciudadanos, a diferencia de épocas anteriores en las que, junto a la jurisdicción real, antecedente de la estatal, existían también jurisdicciones privadas, vinculadas directamente a poderes sociales. La moderna Administración de Justicia, por el con-

trario, supone la ruptura de ese vínculo, por cuanto los jueces son nombrados por poderes públicos, esto es, por la Administración, por los órganos legislativos o por el electorado. Y esa autonomización respecto de la sociedad se pone de manifiesto asimismo en las condiciones de acceso al cargo, en las incompatibilidades, incapacidades, prohibiciones, etc., a que están sometidos los jueces.

Esta autonomización desemboca en un cierto grado de funcionarización, similar en algunos aspectos al que se da en la Administración en general. Los jueces son remunerados, como los restantes funcionarios, con cargo al erario público, aunque puedan estar en un régimen especial. Y, también como los restantes funcionarios, están sometidos a jerarquía en el desempeño de sus funciones y en el cumplimiento de sus deberes, de modo que pueden ser sancionados disciplinariamente por la infracción de los mismos.

Ahora bien, en la actual configuración del Estado este carácter funcionarial está limitado por exigencias políticas, por el deseo de asegurar la independencia del juez frente al poder legislativo y frente a la Administración. Sería perfectamente imaginable que el juez fuera un funcionario como los demás, de modo que el poder judicial pertenecería en realidad a un órgano central, del que los jueces serían meros delegados que obrarían sometidos a sus indicaciones, sin libertad para decidir por sí mismos. Se considera necesario, sin embargo, que el juez decida sólo con arreglo a la ley y que no esté sometido a la voluntad de la Administración ni a indicaciones concretas del poder legislativo, porque tal principio se considera garantía de la seguridad del ciudadano, al hacer previsible la decisión judicial, garantía de su libertad frente a la Administración, y también garantía de la igualdad, en cuanto se piensa que en la resolución del litigio no intervendrán elemen-

te a los poderes sociales, es decir, que también frente a éstos se asegura la independencia.

D/ EL PODER LEGISLATIVO COMO PARTE INTEGRANTE DEL APARATO DEL ESTADO. En principio sería perfectamente posible que la propia Administración asumiera la tarea de legislar, esto es, que esa función estuviera encomendada a funcionarios públicos integrados en su aparato jerárquico. De hecho, una buena parte de la función normadora se desarrolla hoy así, a través de las diversas técnicas de atribución de esa potestad a la Administración. Y en el origen del Estado moderno, hasta las revoluciones de finales del XVIII, una buena parte de la tarea de creación legislativa transcurre también por esa vía.

Sin embargo, en la tradición liberal y democrática la función de legislar se encomienda, por razones que no podemos examinar ahora, a un órgano distinto de la Administración, al Parlamento. En ese órgano se hace presente la sociedad mediante el sistema de elección de sus miembros, los cuales, a diferencia de los funcionarios, no dependen en ningún aspecto del aparato administrativo: no están sometidos a jerarquía ni disciplina, organizan autonómamente su propia actividad, no perciben sueldo (originariamente ni siquiera una retribución), son, a diferencia de los funcionarios, enteramente "libres".

Todo ello puede dar lugar a que se considere que el Parlamento es un órgano de la sociedad y no del aparato del Estado. El Parlamento sería así un órgano del pueblo frente al Estado. Ahora bien esta tesis olvida que la función legislativa se construye con arreglo al principio de autonomía que antes señalábamos como base de la formación del Estado y, sobre todo, que el Parlamento ocupa una posición de supre-

macía jurídica absoluta en ese aparato.

Se construye con arreglo al principio de autonomía o separación respecto de las posiciones sociales y económicas desde el momento en que la pertenencia al órgano legislativo no está condicionada a tales posiciones, sino a la elección, y ésta, a su vez, se configura, aunque paulatinamente, sobre la base de la indistinción de categorías sociales y económicas. Mientras que la autonomización desemboca en el carácter funcionarial de la Administración, que desvincula a ésta del substrato sobre el que opera, la independencia de un diputado se traduce en la libertad que le asegura jurídicamente la prohibición del mandato imperativo, a diferencia de los antiguos órganos de representación, en los que el diputado estaba sometido a mandato. El poder legislativo, como el de la Administración, se considera poder de la colectividad, y no de alguno de los grupos o individuos que operan en ella. El hecho de que los diputados no sean funcionarios no se debe a que se les quiera reconocer una libertad que les vincule a sus electores, sino a que se quiere que estén desligados no sólo de sus electores, sino también de la Administración. El carácter no funcionarial complementa la libertad que deriva de su cualidad de representantes no sometidos a mandato imperativo.

Por otra parte, el órgano legislativo pertenece al aparato del Estado, en la medida en que ocupa en él una posición de supremacía jurídica, que se traduce en la sumisión de la Administración a la ley y en la del Gobierno a control parlamentario. La tesis de que el Parlamento es ajeno al aparato Estatal es un realidad una construcción típica de la doctrina alemana del XIX, que refleja la situación política del Imperio y que sería inconcebible en el sistema constitucional francés de la época.

LECCION SEPTIMA

LA SOBERANIA

SUMARIO: 1.- La teoría constitucional moderna y el concepto de soberanía. 2.- El contenido jurídico del concepto de soberanía. La soberanía como cualidad jurídica, como cualidad del ordenamiento y como concepto formal; soberanía y hechos. 3.- La soberanía como atributo de un sujeto. Su significado. 4.- La primera formulación del concepto de soberanía: el Rey y la ley; la ley, la costumbre y el derecho: A/ La cuestión en el mundo jurídico medieval. B/ La soberanía como poder legislador. 5.- Soberanía del derecho positivo: la libertad y la positivación del concepto de derecho: A/ El derecho subjetivo ilimitado. B/ El carácter positivo del derecho.

1.- La teoría constitucional moderna y el concepto de soberanía.

El problema al que intenta dar respuesta la teoría constitucional moderna es el de la limitación del poder normativo del aparato estatal que acabamos de examinar. Pero para comprender cual es el núcleo del problema constitucional moderno no basta con describir ese aparato del Estado, esto es, la concentración y monopolio que caracteriza a los ordenamientos modernos. A ello es necesario añadir algo más: el modo en que se concibe el derecho. Este aparece para la teoría moderna, a partir sobre todo de Hobbes, como derecho positivo, como

derecho que vale porque es puesto, decidido, y no en virtud de su adecuación a valores extrajurídicos que la doctrina tradicional había venido recogiendo en la construcción iusnaturalista. Este segundo dato es de capital importancia para comprender tanto la índole del problema planteado como la índole de la respuesta.

En primer lugar, si el poder del aparato del Estado, el poder del Estado, se presenta como algo a limitar, la razón no radica tan sólo en la concentración y monopolio que acabamos de describir, no tan sólo en la supremacía estatal en la creación jurídica, sino que la razón se halla sobre todo en que el derecho que el Estado tiene en sus manos, el derecho positivo, es el único derecho al que se reconoce el valor de tal. No se trata únicamente de que el aparato del Estado sea el supremo creador de derecho, sino de algo más: no hay más derecho que ese.

Si esto es así, es evidente que el problema de la limitación del poder del Estado, del aparato del Estado, ya no podrá resolverse a partir de otro derecho, del derecho natural o del derecho divino como órdenes normativos que, por su propia naturaleza, están sustraídos a la disposición del aparato estatal. Esta respuesta al problema será, por las razones que veremos, inviable, y cuando se transcurra por esos derroteros la solución será forzosamente contradictoria. La respuesta tiene que buscarse por otra vía: por la estructuración del ordenamiento en términos tales que ese aparato del Estado, aun ostentando una posición de supremacía en la creación jurídica, resulte limitado por el ordenamiento mediante la fijación de una norma superior en la que se le pongan límites y en la que se le estructure de modo tal que resulte efectivamente sometido a ellos.

LECCION SEPTIMA

LA SOBERANIA

SUMARIO: 1.- La teoría constitucional moderna y el concepto de soberanía. 2.- El contenido jurídico del concepto de soberanía. La soberanía como cualidad jurídica, como cualidad del ordenamiento y como concepto formal; soberanía y hechos. 3.- La soberanía como atributo de un sujeto. Su significado. 4.- La primera formulación del concepto de soberanía: el Rey y la ley; la ley, la costumbre y el derecho: A/ La cuestión en el mundo jurídico medieval. B/ La soberanía como poder legislador. 5.- Soberanía del derecho positivo: la libertad y la positivación del concepto de derecho: A/ El derecho subjetivo ilimitado. B/ El carácter positivo del derecho.

1.- La teoría constitucional moderna y el concepto de soberanía.

El problema al que intenta dar respuesta la teoría constitucional moderna es el de la limitación del poder normativo del aparato estatal que acabamos de examinar. Pero para comprender cual es el núcleo del problema constitucional moderno no basta con describir ese aparato del Estado, esto es, la concentración y monopolio que caracteriza a los ordenamientos modernos. A ello es necesario añadir algo más: el modo en que se concibe el derecho. Este aparece para la teoría moderna, a partir sobre todo de Hobbes, como derecho positivo, como

derecho que vale porque es puesto, decidido, y no en virtud de su adecuación a valores extrajurídicos que la doctrina tradicional había venido recogiendo en la construcción iusnaturalista. Este segundo dato es de capital importancia para comprender tanto la índole del problema planteado como la índole de la respuesta.

En primer lugar, si el poder del aparato del Estado, el poder del Estado, se presenta como algo a limitar, la razón no radica tan sólo en la concentración y monopolio que acabamos de describir, no tan sólo en la supremacía estatal en la creación jurídica, sino que la razón se halla sobre todo en que el derecho que el Estado tiene en sus manos, el derecho positivo, es el único derecho al que se reconoce el valor de tal. No se trata únicamente de que el aparato del Estado sea el supremo creador de derecho, sino de algo más: no hay más derecho que ese.

Si esto es así, es evidente que el problema de la limitación del poder del Estado, del aparato del Estado, ya no podrá resolverse a partir de otro derecho, del derecho natural o del derecho divino como órdenes normativos que, por su propia naturaleza, están sustraídos a la disposición del aparato estatal. Esta respuesta al problema será, por las razones que veremos, inviable, y cuando se transcurra por esos derroteros la solución será forzosamente contradictoria. La respuesta tiene que buscarse por otra vía: por la estructuración del ordenamiento en términos tales que ese aparato del Estado, aun ostentando una posición de supremacía en la creación jurídica, resulte limitado por el ordenamiento mediante la fijación de una norma superior en la que se le pongan límites y en la que se le estructure de modo tal que resulte efectivamente sometido a ellos.

El problema de la limitación del poder del Estado no puede ser, por tanto, el de la limitación del ordenamiento positivo por otro ordenamiento extrapositivo. El Estado cuyo poder se limita no es el Estado como ordenamiento jurídico, sino un sector de ese ordenamiento al que llamamos Estado-aparato. El problema de la limitación es así el problema de la estructura del ordenamiento jurídico. Es la constitución la que va a cumplir el papel del derecho natural, y sin la extinción de la antigua doctrina iusnaturalista no sería posible comprender ni la génesis de la moderna teoría constitucional ni los problemas a los que ésta quiere responder.

De todo ello vamos a ocuparnos aquí tomando como núcleo un concepto central: el de soberanía. Y vamos a hacerlo así porque en la doctrina de la soberanía se encuentra formulada tanto la estructura centralizada de los ordenamientos estatales cuanto las dos facetas del problema que acabamos de aludir: el carácter ilimitado, positivo, del derecho, y la necesidad de estructurar el ordenamiento en términos tales que el poder normativo del aparato del Estado resulte limitado.

El concepto de soberanía cumple esas dos funciones porque en él se aúnan —contradictoriamente, según veremos— dos cuestiones distintas.

Por una parte la soberanía es una cualidad del propio ordenamiento jurídico, y este es el único sentido en el que el término se puede utilizar de manera lógicamente coherente. Aquí soberanía equivale a positividad, esto es, al hecho de que el derecho positivo es el único derecho, lo que significa que no está sometido a ningún otro ordenamiento, que el fundamento de su validez se encuentra en su interior, y no fue-

ra de él, en el derecho natural o en el derecho divino. Este es el sentido en que se utiliza el término cuando se habla de soberanía del Estado frente a poderes extranjeros o cuando, originariamente, la doctrina de la soberanía intenta afirmar la independencia frente al Papado o al Imperio. Al margen de que la doctrina de la soberanía afirmase ésta como cualidad del Rey, operaba también como la defensa de la autonomía del ordenamiento frente a ordenamientos extranjeros, esto es, en ella se encontraba presente la afirmación de la soberanía del Estado entendido como ordenamiento jurídico, como Estado-comunidad.

Por otra parte, sin embargo, la soberanía se presenta también como atributo de un sujeto, del Monarca, del Parlamento, o como soberanía de una forma de producción jurídica: soberanía de la ley, de la Constitución. Se trata entonces de lo que suele llamarse soberanía en el Estado, para diferenciarla de la soberanía como cualidad del Estado. Aquí la doctrina de la soberanía describe, o propugna, la posición de un sujeto en el ordenamiento jurídico, y por tanto se constituye como doctrina relativa a su estructura, como doctrina acerca de la constitución. En el mismo plano se mueve la teoría de la soberanía colectiva, del pueblo o de la Nación, aunque aquí la referencia a la estructura del ordenamiento es indirecta: la soberanía se atribuye a un sujeto supuestamente situado fuera del derecho, pero al hacerlo así se trata de postular una determinada estructura de éste.

2.- El contenido jurídico del concepto de soberanía.

A pesar de las múltiples significaciones jurídicas atribuidas al concepto de soberanía hay un rasgo que aparece como una constante a lo largo de su evolución: el sujeto al que se considera soberano es calificado como supremo, si-

tuado por encima de cualquier otro, no sometido a ninguno. La soberanía es calificada como un poder originario, no sometido a ningún otro, supremo, ilimitado.

De aquí derivan varias consecuencias importantes:

1) Es evidente, en primer lugar, que tal cualificación no puede ser más que una cualificación jurídica, y no una cualificación fáctica o, dicho en otros términos, que la afirmación de que un poder es originario, supremo, ilimitado, etc, sólo puede tener sentido como afirmación respecto de una relación normativa, y es un completo absurdo como afirmación respecto de una relación fáctica o causal.

Afirmar que la soberanía es un poder supremo, originario, significa que el titular de la soberanía no recibe su poder de ninguna norma situada por encima de él, significa que las normas que crea el soberano son válidas en virtud de ese mismo soberano y no en virtud de normas emanadas de un poder superior a él. Supremo quiere decir jurídicamente supremo, y originario quiere decir jurídicamente originario, no derivado de ningún otro ordenamiento. Y no es posible atribuir ninguna otra significación a esos términos sin caer en el absurdo. Decir que un poder es fácticamente supremo sería tanto como afirmar que hay un motor inmóvil, un poder no está sometido a ninguna determinación ni influencia de otros poderes. Y decir que un poder es fácticamente originario sería tanto como decir que es una causa incausada, una causa que tiene en sí misma su propio origen. Ambas cosas las predica la teología respecto de Dios.

Del mismo modo, cuando se dice que el poder soberano es un poder no sometido a límites, tal falta de limi-

tación no puede ser más que jurídica, no fáctica. La soberanía significa que el soberano puede crear derecho libremente, no que pueda hacer cualquier cosa, porque esto segundo no es la soberanía, sino la omnipotencia divina. El soberano está, como cualquier mortal, sometido a límites fácticos, no es omnipotente, y lo que le caracteriza como soberano es que no está sometido a límites jurídicos derivados de otro ordenamiento.

La soberanía es, por tanto, un concepto de contenido jurídico, que cualifica una relación normativa y no fáctica. Es un poder jurídicamente supremo, jurídicamente originario y jurídicamente ilimitado, para desarrollar una actividad jurídica, la de crear derecho.

2) Hay otra consecuencia aún más importante. Si decimos que la soberanía es el atributo de aquel sujeto en que se halla la fuente suprema de validez del ordenamiento, es evidente que la soberanía tiene que corresponder al propio ordenamiento y que es incorrecto plantear la cuestión en términos de sujeto, incluso distinguiendo entre sujeto-fuente sobre la producción y sujeto-fuente de producción. Tal planteamiento es incorrecto porque la validez de una norma o, lo que es lo mismo, la cualificación de un sujeto como fuente de producción de normas, no puede derivar más que de otra norma. La fuente sobre la producción que cualifica a un sujeto como fuente de producción, no puede ser a su vez otro sujeto, por cuya cualificación habría que volver a preguntarse. La fuente sobre la producción es otra norma, y el soberano, esto es, la fuente suprema sobre la producción, no puede ser más que el propio ordenamiento jurídico.

Para comprenderlo basta examinar el problema que plantea atribuir la soberanía a un sujeto. Ciertamente no es posible cualificar como soberano a un poder fáctico, ya que

la soberanía es un concepto jurídico que aplicado a relaciones fácticas conduce al absurdo o a la teología. Tiene que tratarse forzosamente de un sujeto jurídico, esto es, de un órgano. Pero la cualificación como órgano es una cualificación que deriva de una norma que confiere a determinados individuos ciertos poderes. Un órgano, por tanto, no puede ser cualificado como soberano, porque su poder jurídico no puede ser cualificado como originario, sino como derivado de una norma sobre la producción. La soberanía, por tanto, tiene que corresponder necesariamente al ordenamiento como tal o, si se quiere así, al Estado en cuanto personificación del ordenamiento. Siempre que el concepto de soberanía aparezca ligado a otro titular, al Rey, al Parlamento, al Pueblo, a la Nación, nos hallaremos ante un uso impropio del concepto de soberanía, ante un uso en el que la palabra se utiliza para designar una peculiar estructura del ordenamiento, o ante una expresión ideológica e inadecuada de la propia soberanía del ordenamiento, como ocurre en el caso de la soberanía nacional o popular.

3) Si la soberanía es una cualidad que sólo se puede imputar al ordenamiento como tal, está claro que, en su sentido estricto, la soberanía no implica nada respecto del contenido del ordenamiento, respecto de su estructura. Significa únicamente que cualquiera de los sujetos y actos creadores de derecho de ese ordenamiento sólo son jurídicamente explicables a partir de éste. El concepto de soberanía, en su contenido riguroso, tiene un valor puramente formal, y no material, porque no dice nada acerca de las características internas de ese ordenamiento, acerca de cuál es la situación respectiva de los sujetos y actos que operan en su seno como creadores de derecho. En este sentido, por tanto, el concepto de soberanía es aplicable a cualquier ordenamiento, al margen por completo de cual sea su estructura. Es aplicable, por tanto, también a los ordenamientos preestatales. En ellos los sujetos apa-

recen dotados de poderes propios, en sentido de que derivan directamente de las normas básicas de ese ordenamiento, de su constitución en sentido material, y no de otros sujetos, de otras fuentes sobre la producción superiores a ellos. Se trata, por tanto, de sistemas con una multiplicidad de sujetos en la cual la jerarquización de los mismos no subordina por completo los inferiores a los superiores, ya que los superiores no tienen poder de disposición sobre la norma que atribuye a los inferiores derechos "propios", "libertades", etc. En esos ordenamientos, por tanto, se contiene un sistema de derechos particulares y de privilegios inmunes a la acción normadora del monarca, y un paralelo sistema de fuentes dotadas de un campo de acción propio y no subordinadas por completo entre sí. Tales sujetos y tales fuentes derivan su validez directamente del propio ordenamiento jurídico y resultan así inmunes frente a los poderes jurídicos superiores.

4) De todo lo dicho hasta aquí se desprende que el concepto de soberanía en su significación estricta es equivalente al de positividad del derecho, entendiendo el término en el sentido de que la validez del ordenamiento jurídico no deriva de otro ordenamiento superior a él, sino que para considerar jurídico a un ordenamiento la ciencia jurídica parte de la hipótesis de que es válida su norma constitucional básica, y puede hacer esta suposición, formular esta hipótesis, cuando se dé la condición de que el ordenamiento tenga eficacia. Formular esa hipótesis, partir de ese supuesto, es exactamente lo mismo que afirmar que ese ordenamiento es soberano.

En la cuestión de la soberanía, por tanto, no se trata de un hecho, de algo que ocurra o no, sino de la cualificación de un hecho: dado el hecho del ordenamiento eficaz, se trata de determinar si lo consideraremos soberano o no, y para

ello no examinaremos hechos, sino relaciones jurídicas entre ordenamientos.

Al examinar la cuestión de la soberanía no podremos, por tanto, ocuparnos de hechos, de relaciones entre hechos, sino de relaciones entre ordenamientos, porque la cualificación de un ordenamiento como soberano significa que no deriva su validez de otro, nada más. Este problema se plantea tan sólo en la relación entre un ordenamiento estatal y el ordenamiento internacional, y no puede ser resuelto más que a partir de hipótesis lógicas, del presupuesto de que el ordenamiento estatal deriva su validez del de los Estados o el ordenamiento de éstos deriva su validez de aquél. En el interior del mismo ordenamiento la cuestión no puede plantearse, en rigor, porque los ordenamientos parciales, por ejemplo de los Estados miembros de una Federación, de las regiones o de determinadas instituciones, como la Iglesia, dependen normativamente del ordenamiento en el que se integran.

Si el concepto de soberanía se refiere a una relación entre ordenamientos, es evidente que carece de todo sentido hablar de una crisis de la soberanía, que tendría su origen en la existencia de un condicionamiento del poder de éste por poderes o situaciones internas o internacionales, condicionamiento que se supone, sin mayor justificación, que es más intenso en la actualidad que en el pasado. El condicionamiento es un hecho cierto y evidente, pero ni es un fenómeno actual ni afecta en nada a la soberanía, porque ésta, ya lo hemos visto, no significa en absoluto omnipotencia, sino que se refiere tan sólo al hecho de que el ordenamiento que se califica como soberano no depende en su validez de otros ordenamientos. La llamada crisis de la soberanía se refiere en realidad a la influencia de hecho que sobre el contenido y eficacia del ordenamiento tienen los poderes y situaciones internacionales e

interno, pero esa influencia, aun cuando sea en ciertos aspectos determinante, no significa en absoluto que la validez de ese ordenamiento derive de esos poderes fácticos. El verdadero problema para la doctrina de la soberanía no es la relación entre el Estado y los poderes internacionales, sino el de la relación entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento internacional. Y no es tampoco el de la relación entre el Estado y los poderes que operan en su territorio, sino que el problema se plantearía tan sólo si tales poderes constituyeran un ordenamiento propio que se autodeclarará soberano, y tuvieramos que determinar, como hipótesis, si sigue siendo soberano el ordenamiento del Estado o si, por el contrario, la eficacia de ese ordenamiento parcial frente al general al que pertenecía obliga ahora a partir de la hipótesis de su soberanía para explicar su validez.

3.- La soberanía como atributo de un sujeto. Su significado.

A pesar de lo dicho hasta aquí acerca del contenido jurídico del concepto de soberanía éste nace y se utiliza, como ya hemos indicado, en un sentido distinto. Inicialmente, y durante siglos, se trata de afirmar la soberanía de un sujeto, de lo que hoy llamaríamos un órgano del ordenamiento; así ocurre en la soberanía del Monarca, del Parlamento, o en la soberanía del Estado, cuando éste se entiende no como personificación del ordenamiento, sino como personificación de un sector del mismo, de un conjunto de órganos dotados de un status especial. O bien, cuando en una línea paralela, se trata de afirmar la soberanía de la Nación, o del Pueblo, como sujetos preexistentes al ordenamiento jurídico.

Aplicar el concepto de soberanía a estos órganos y sujetos es incorrecto, ya que, si se trata de órganos, su poder no es originario: no es posible comprender la existen-

cia de un órgano ni su poder jurídico más que a partir de la preexistencia de normas que le confieren aquella y le atribuyen ésta; y, si se trata de los sujetos pueblo o Nación, tendremos ocasión de ver que éstos carecen de existencia subjetiva al margen del propio ordenamiento jurídico que los unifica. Sería más correcto, en consecuencia, hablar de supremacía, o utilizar cualquier fórmula similar. Sin embargo, el uso generalizado de esta expresión impide que la sustituyamos por otra.

La doctrina de la soberanía así entendida es, como ya hemos apuntado, una doctrina relativa a la estructura del ordenamiento y, por tanto, una doctrina constitucional. Sus efectos en este plano se hacen sentir de dos modos distintos.

a) En primer lugar, como doctrina que expresa o propugna la concentración de poder normativo en manos del Estado, esto es, la estructuración del ordenamiento que hemos visto en el apartado anterior. Este es el significado originario del término cuando la doctrina afirma la soberanía del monarca frente a los demás poderes que operan en el ordenamiento. Al margen de que esa doctrina se formule al mismo tiempo como teoría polémica frente a las pretensiones del Imperio o del Papado, su objetivo es también instituir el aparato del Estado, originariamente del Monarca, afirmar su supremacía frente a otros sujetos que operan en el ordenamiento jurídico, y centralizar éste.

b) En segundo lugar, como doctrina relativa a la limitación del poder de ese aparato, esto es, como doctrina que expresa el núcleo del problema constitucional moderno. En tal caso, la doctrina de la soberanía desplaza la titularidad de ésta hacia un sujeto que se considera previo al ordenamiento jurídico, para así expresar los límites de éste. Se trata

de la Soberanía de la Nación o del Pueblo, sujetos que se suponen previos al ordenamiento jurídico, lo que implica que se postule para el aparato estatal una estructura acorde con la necesidad de limitar su creación jurídica. Esta incidencia de la doctrina de la soberanía nacional o popular sobre el aparato estatal hace que con frecuencia reaparezca la soberanía como atributo de un órgano, es decir, en el sentido anterior. Pero en tales casos se trata de una soberanía conexa a la anterior, derivada, como ocurre con la soberanía del Parlamento, de la ley o de la Constitución, o bien, de una soberanía que se opone a la nacional o popular, como es el caso cuando a la soberanía de la Nación o del Pueblo se enfrenta a la del Monarca o la del Estado como aparato, según ocurre en la lucha constitucional del siglo XIX. Todo ello nos presenta el siguiente panorama.

a) La doctrina de la soberanía del ordenamiento es el presupuesto teórico jurídico de la doctrina constitucional moderna, liberal-democrática: el problema de ésta consiste en la necesidad de limitar el poder del aparato estatal, que ocupa una posición de supremacía en la creación de un derecho al que se considera soberano, esto es, positivo, y para cuya limitación no es posible, por tanto, recurrir al expediente de enfrentarle un derecho no positivo, natural o divino.

b) La doctrina de la soberanía de un órgano es originariamente, antes de su posible conexión con la teoría de la soberanía nacional o popular, la expresión del presupuesto estructural de la moderna teoría constitucional: la concentración del poder normador en el aparato del Estado, de cuya limitación se trata.

c) La doctrina de la soberanía de la Nación o del Pueblo es la respuesta a ese problema. Supuesto el aparato del Estado se hace necesario estructurarlo de acuerdo con la idea

de que la soberanía corresponde a un sujeto prejurídico, la Nación o el Pueblo. El verdadero contenido de la doctrina no es, según veremos, atribuir algún contenido o poder jurídico-positivo a tal sujeto, sino estructurar el aparato del Estado de modo que su creación resulte limitada por el propio derecho positivo. A esta doctrina responde la supremacía de la Constitución.

En la exposición que sigue nos vamos a ocupar separadamente de estos aspectos de la soberanía. En esta misma lección examinaremos el concepto en cuanto opera como presupuesto del problema constitucional moderno, esto es, en sus dos primeras significaciones, como soberanía del ordenamiento y como soberanía de un órgano del ordenamiento jurídico cuyo poder da lugar al nacimiento del Estado moderno como aparato. Vamos a invertir, sin embargo, el orden de exposición para ocuparnos primero de la soberanía de ese órgano, del Monarca, y después de la soberanía del ordenamiento, y lo vamos a hacer así porque históricamente la doctrina de la soberanía nace como soberanía del Monarca y sólo después de este principio de concentración emerge a la conciencia jurídica la soberanía como cualidad del propio derecho, como cualidad del ordenamiento. En la siguiente lección nos ocuparemos del problema de la soberanía nacional o popular en sus raíces ideológicas.

4. La primera formulación del concepto de soberanía: el Rey y la ley; la ley la costumbre y el derecho.

A/ LA CUESTION EN EL MUNDO JURIDICO MEDIEVAL. En el mundo jurídico medieval cabe hablar efectivamente de legislación, si por tal entendemos la creación consciente de normas estrictas de carácter general. Y no sólo es posible hablar de legislación, sino que ésta, así entendida, ocupa un lugar creciente en la innovación del derecho popu-

lar llevada a cabo conjuntamente por el Rey y por el pueblo y en el papel preponderante que irá adquiriendo el derecho real. Ahora bien, para la conciencia jurídica medieval este derecho legislado no deriva su validez de la voluntad del legislador, no vale por ser objeto de mandato, sino que vale por su contenido, porque su contenido se acomoda a ciertos criterios objetivos de validez. Tal legislación se encuentra en una situación precaria en el sentido de que su validez deriva de criterios extralegales. El derecho legislado no llega a desvincularse por completo de concepciones relativas al derecho verdadero y correcto. El Rey, al hacer la ley, no la crea, sino que la dice. La ley preexiste y el Rey la formula. Su labor es de jurisdiccción.

En efecto, la legislación se presenta y es aceptada inicialmente en una estrecha relación con la costumbre y con las l yes anteriores, como plasmación escrita de aquélla, como su depuración, o como la recopilación y mejoramiento de leyes más antiguas. La ley vale porque lo que en ella se dice es considerado antiguo y bueno, porque se inscribe, o dice inscribirse, en la tradición jurídica. La antigüedad de la norma es fuente de su validez, y la ley no puede ir contra ella, hasta tal punto que el efecto derogatorio de la ley nueva sobre la ley antigua, que a nosotros nos parece obvio, resulta totalmente ajeno a la conciencia jurídica medieval, y el cambio jurídico, que indudablemente tiene lugar, tiende a presentarse encubierto bajo el ropaje del derecho antiguo, porque de otro modo difícilmente podría imponerse frente a él. La propia ley tiende a sacralizarse y sustraerse al cambio que en ella puedan operar leyes ulteriores.

En este problema concreto, que aquí nos interesa especialmente, se pone de manifiesto un rasgo sumamente importante de la conciencia jurídica medieval. 'Mientras que

en nuestros ordenamientos, totalmente positivizados, las normas jurídicas valen en cuanto son puestas, esto es, valen porque están respaldadas por una voluntad autorizada para ponerlas, en el mundo jurídico medieval no se da tal rasgo, sino que las normas valen por su contenido. Es la bondad de la norma, no la voluntad que emana, la que le confiere carácter jurídico y obligatoriedad.

Este rasgo del derecho prestatal en su conjunto se pone claramente de manifiesto en el carácter consuetudinario de una parte muy notable del ordenamiento jurídico. En el caso de la costumbre nos hallamos ante una repetición de actos que difícilmente puede decirse que derive de una voluntad consciente y libre. Realmente los actos que crean por repetición la costumbre no son actos dirigidos a la creación de una norma de alcance general, sino actos de los que deriva una norma general por repetición. Y la conciencia jurídica de la obligatoriedad de la norma así creada no nace de la conciencia de que en esa repetición se manifiesta una voluntad, sino más bien del convencimiento de que la repetición pone de manifiesto la bondad de la solución. La repetición pone de manifiesto cualidades internas de la norma, cualidades relativas a su contenido. Hablando con propiedad no puede decirse que la norma consuetudinaria vale porque es querida por el pueblo, sino que tal norma es creada por el pueblo y vale porque es buena. Lo mismo vale para el derecho de creación judicial, por ejemplo para el Common Law, que es en realidad derecho creado sobre el caso, "case law," pero que los jueces presentan como la plasmación de un derecho consuetudinario preexistente o como la continuación de los precedentes judiciales.

La existencia, real o teórica, de límites extralegales a la actividad del legislador se da incluso en el supuesto de que nos hallemos ante una legislación que rompa declara-

damente con la tradición, y esa limitación es reconocida incluso por las doctrinas que tienden a afirmar el poder real de creación del derecho frente a derecho popular. En estos supuestos sigue operando una limitación que se considera común a cualquier forma de creación humana de derecho: la afirmación de la existencia de un derecho, divino o natural, que es superior al derecho creado por los hombres. Tanto las doctrinas democráticas medievales, que actúan el valor de la creación jurídica comunitaria, como las doctrinas teocráticas y monárquicas, que defienden el llamado principio vertical, parten de la base de que el poder es conferido por Dios para una finalidad y que tiene que ser ejercido de acuerdo con esa finalidad y con la naturaleza humana. El poder de creación de derecho es en cualquier caso limitado en su misma esencia, y el derecho no vale por ser querido, puesto por los hombres, sino por razones superiores.

B/ LA SOBERANIA COMO PODER LEGISLADOR.- La doctrina de la soberanía nace —fundamentalmente con la obra de Jean Bodin,"Los Seis libros de la República"(576)— en el seno de la lucha política por alterar la situación que se acaba de indicar. Es, como se ha dicho, una doctrina con la que se pretende caracterizar la independencia frente a los poderes exteriores, la Iglesia y el Imperio, pero es, sobre todo, una doctrina que pretende afirmar la supremacía del Monarca sobre los demás poderes que operan en el ordenamiento jurídico.

El núcleo del problema en esa fase de su planteamiento es fácilmente comprensible: mientras que en el orden jurídico medieval la potestad de creación jurídica del Monarca es muy reducida y está sometida a múltiples cortapisas, ahora se afirma que el Rey no está sometido a ningún derecho, ni interno ni externo, y que él y sólo él tiene facultad de crear libremente el derecho, lo que significa, a la inversa, que no hay

más derecho positivo que el que crea el Rey. Si el sistema medieval se definía por la máxima "lex facit regem," ahora se pretende que el orden jurídico se construya sobre el principio inverso: "rex facit legem." Según la doctrina de la soberanía, el Rey está por encima del derecho, es superior a él y lo crea libremente. El rey es "legibus solutus."

En la obra de Bodin, escrita para apoyar las pretensiones de la monarquía francesa de afirmar su supremacía en las luchas políticas del siglo XVI, se dice que "el punto principal de la potestad soberana y poder absoluto radica en dar la ley a los súbditos en general sin su consentimiento. Bajo este mismo poder de dar la ley se encuentran comprendidas las otras notas de la soberanía, de modo que hablando con propiedad en realidad no hay más nota de la soberanía que ésta".

Al margen de cuestiones terminológicas, cabe decir que en esta definición se contiene el núcleo esencial de la doctrina de la soberanía: la soberanía es la facultad de crear derecho libremente. En esta definición se encuentran implícitas las notas de la soberanía. El poder soberano es un poder originario, en el sentido de que no deriva de ningún otro, es supremo, porque no está sometido a ningún otro, esto es, no tiene ni que obedecer ni que pactar, y es absoluto en el sentido de que no está vinculado por el derecho existente ni por ningún ordenamiento superior a él. De que el poder soberano sea poder supremo se deduce además que es poder único, que la soberanía es única e indivisible, por cuanto si se compartiera o si se dividiera ya no cabría hablar de un poder supremo. Es, además, perpetua, ya que si se tuviera a plazo la verdadera soberanía radicaría en aquel que tuviese facultad para fijar éste y recuperarla. En esta definición y en estas notas se contienen ya los elementos suficientes para comprender cuál es el auténtico con-

tenido del concepto de soberanía.

De lo que se trata, por tanto, es de afirmar que la ley depende tan sólo de la voluntad del monarca, y que esta ley es superior al resto del ordenamiento jurídico positivo. No se trata aquí de afirmar un monopolio en la creación jurídica a favor del monarca, ni a favor de la ley escrita, pero sí de algo importante, de la supremacía de la ley frente a la costumbre y de la supremacía del monarca en la creación de la ley. La atribución de la soberanía al monarca no implica que en el ordenamiento no se integren normas que son creadas por otros sujetos, pero sí implica que la validez de estas normas queda subordinada a la ley, que ésta se encuentra en una posición superior. El soberano puede reconocer validez a normas que hayan sido creadas por otros sujetos, por el ejemplo al derecho consuetudinario, o el judicial, pero tales normas sólo son válidas en cuanto el soberano no les niegue validez. Esta idea la expresa más adelante Hobbes al decir que "cuando el soberano de una república subyuga a un pueblo que ha vivido bajo otras leyes escritas, y luego lo gobierna mediante esas mismas leyes que antes tenía, debe entenderse que tales leyes son las leyes civiles de la república vencedora y no de la vencida. Porque el legislador no es aquél por cuya autoridad se hicieron las leyes en su origen, sino aquél por cuya autoridad continúan ahora siendo leyes . . . no son ahora leyes en virtud de la prescripción temporal, sino debido a las constituciones de los actuales Estados".

Ahora bien, aunque la afirmación de la soberanía en sí misma considerada sólo conduce a una afirmación del valor superior del derecho del monarca, y por tanto no implicaría nada respecto de la importancia cuantitativa del mismo ordenamiento, es evidente que la doctrina de la soberanía contiene además un programa político de centralización del po-

der, que no se agota con la afirmación de un superior valor jurídico, sino que, a través de ese instrumento, pretende la efectiva reestructuración del ordenamiento hacia el predominio del derecho de creación real sobre cualquier otro derecho también en términos cuantitativos. Dicho en términos técnicos, no se pretende tan sólo hacer del monarca la suprema fuente sobre la producción, sino también la más importante fuente de producción. Y en relación con esto hay que señalar que, si bien la soberanía es sólo una cualificación jurídica, en el planteamiento que aquí se menciona es también un programa político, que pretende afirmar la efectiva supremacía política del Monarca. Se trata en ambos aspectos del programa de la llamada monarquía absoluta, problema del que aquí no vamos a ocuparnos, pero que es necesario al menos mencionar porque en ella se encuentra el origen de la actual estructuración del ordenamiento jurídico, el origen de esa forma de estructuración que permite calificarlo como Estado.

Conviene indicar que en esta primera formulación el concepto de soberanía carece aún de las notas que, según hemos visto, le son esenciales desde el punto de vista jurídico. Se trata de una doctrina relativa tan sólo a la estructuración del ordenamiento positivo, pero no de una doctrina relativa a la validez de ese ordenamiento. De ahí resulta que, si bien el Monarca, el soberano, ocupa una posición suprema en el ordenamiento, no es en modo alguno un poder ilimitado. Se sigue afirmando que el poder soberano, aún estando por encima del derecho positivo, está, sin embargo, sometido al derecho natural y al derecho divino. Se trata, por tanto, de un poder que es ilimitado en términos jurídico-positivos, pero no en términos jurídicos en general, porque derecho positivo y derecho no se consideran aún expresiones equivalentes. Por otra parte, existen también ciertos límites jurídico-positivos a

los que el monarca no puede escapar: las llamadas leyes fundamentales, de las que nos ocuparemos luego.

5.- Soberanía del derecho positivo: la libertad y la positivización del concepto de derecho.

La construcción del concepto de soberanía como cualidad del ordenamiento jurídico positivo y, por tanto, el planteamiento del problema constitucional moderno, no tiene lugar hasta la gran teorización de Hobbes, especialmente en su obra "Leviathan, o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil", (1651), que se puede considerar el libro fundacional de la moderna teoría del Estado y del derecho. En el se encuentra la formulación de la doctrina individualista del derecho en un estadio preliberal, pero no es exagerado decir que los problemas que se plantean, y en cierto sentido las soluciones, coinciden con los de las teorías liberal y democrática posteriores y, más aún, que en ellos se encuentra la raíz de la moderna teoría jurídica.

Lo que interesa destacar aquí es que en Hobbes se derrumba el viejo edificio del derecho natural y en conjunto el sistema de la filosofía práctica aristotélica y tomista. Por ello es perfectamente viable considerar que su obra da paso a la concepción positivista del derecho y en consecuencia a la ulterior fundación del concepto de soberanía del ordenamiento.

A/ EL DERECHO SUBJETIVO ILIMITADO.- En sus primeras formulaciones la teoría del Estado empieza utilizando el paradigma clásico —el derecho natural— como descripción de un orden al que deben someterse el derecho positivo y el estado civil para ser legítimos. La descripción del contenido de ese derecho natural difiere radicalmente, sin embargo, de lo que es propio de la teoría clásica, preestatal, y como con-

secuencia de ello va a producirse una total inversión del esquema de las relaciones entre derecho natural y derecho positivo. Aunque se parte del paradigma clásico, los resultados son exactamente opuestos: la afirmación de la soberanía, esto es, del carácter ilimitado y absoluto, del poder de crear derecho y la afirmación de la primacía absoluta del derecho positivo, es decir, la total positivización del concepto de derecho.

El punto de partida es el individualismo absoluto o, dicho en términos jurídicos, el derecho subjetivo ilimitado, la libertad sin límites. En el pensamiento preestatal el derecho subjetivo, la libertad y la propiedad, se conciben como reflejo de un orden objetivo que regula las conductas individuales en atención a algo que está más allá de los propios individuos. El derecho subjetivo es, por decirlo así, el resultado de un reparto de papeles en función de la obra que con ellos se desarrolla. Es un derecho que otorga la propia naturaleza, pero que esta misma naturaleza limita, porque lo otorga para algo que no es el propio individuo. Aquí el punto de partida es exactamente el contrario. Todo individuo tiene derecho a todo lo que, según su propio juicio, le sea necesario. Y no sólo derecho, sino obligación de hacerlo.

Así Hobbes nos habla de un derecho natural, pero el significado de este término se encuentra completamente alterado hasta identificarse con la moral y, además, con una moral peculiar, incapaz de fundamentar una conciencia social. "El derecho natural es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como él quiera, para la preservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida y, por consiguiente, de hacer toda cosa que a su juicio y razón conciba como el medio más apto para aquello". "Una ley de la naturaleza es un precepto o regla general encontrada por la razón por

la cual se prohibe al hombre hacer aquello que sea destructivo para su vida, o que le arrebate los medios de preservar la misma, y omitir aquello con lo que cree puede mejor preservarla".

En el punto de partida nos hallamos, por tanto, ante un derecho subjetivo absoluto. Se tiene derecho a todo aquello que se considere útil. En palabras de Hobbes: "Todo hombre tiene derecho, por naturaleza, a todas las cosas . . . se puede decir justamente que natura dedit omnia omnibus, o sea, que la naturaleza ha dado todas las cosas a todos los hombres, que ius y utile, derecho y beneficio, son lo mismo".

En estas proposiciones se contienen principios básicos del moderno ordenamiento jurídico liberal. En el mundo jurídico anterior la limitación esencial del derecho subjetivo significaba, respecto de la propiedad, la esencial limitación de ésta, su sumisión a un fin transubjetivo, y la consiguiente limitación de su acumulación y tráfico. Ahora, por el contrario, la propiedad se concibe como un derecho en principio ilimitado, de acumulación y tráfico libres. El principio de acumulación ilimitada, sin el cual es incomprensible la economía moderna, tiene su primera formulación en este 'ius ad omnia' de que nos habla Hobbes.

B/ EL CARACTER POSITIVO DEL DERECHO.- La utilización del paradigma clásico por la teoría individualista, esto es, la descripción de un orden jurídico-natural superior al del Estado, no debe inducirnos, sin embargo, al error de creer que tan sólo ha cambiado el contenido de ese orden. Si se utiliza la expresión "derecho natural" para calificar el orden jurídico preestatal se debe al intento teórico de construir el derecho positivo sobre la base del principio de libertad que se considera ha de ser su fundamento. Se trata de un modo de

formular la exigencia de que el orden jurídico positivo tenga por finalidad la salvaguarda de la libertad individual, y que limite ésta sólo y exclusivamente en la medida en que sea necesario. Pero esas normas que rigen antes del derecho positivo no son consideradas realmente como derecho en el sentido estricto del término, sino únicamente como exigencias racionales a las que falta la cualidad de verdadero derecho. Se habla de derecho natural, pero en realidad se niega que este sea auténtico derecho.

Así ocurre claramente en Hobbes. En primer lugar, se extrae explícitamente la consecuencia que deriva de afirmar que el derecho natural concede a todo individuo libertad para hacer lo que considere necesario para su supervivencia. Esta consecuencia no es otra que la negación del orden jurídico. "El derecho de todos los hombres a todas las cosas no es un efecto mejor que si ningún hombre tuviera derecho a nada. Pues el derecho que tiene un hombre le resultará de poco beneficio cuando otro tan fuerte o más fuerte que él tenga derecho a lo mismo". "Mientras persista este derecho de todo hombre a toda cosa no puede haber seguridad para hombre alguno".

Hobbes deduce aquí la consecuencia del propio concepto de derecho subjetivo: sólo se puede decir que alguien tiene derecho a algo si los demás no tienen derecho a eso mismo, esto es, si se limita el derecho de los demás; y, si partimos de que el derecho natural atribuye un derecho a todo, esa limitación del derecho originario, ilimitado, sólo es posible mediante pactos que establezcan renuncias mutuas. Sólo entonces queda definido lo tuyo y lo mío y, por tanto, lo justo y lo injusto. "Donde no ha precedido pacto no ha sido transferido derecho y todo hombre tiene derecho a toda cosa y, por

consiguiente, ninguna acción puede ser injusta. Pero cuando se ha celebrado un pacto, entonces romperlo es injusto, y la definición de injusticia no es otra cosa que el no cumplimiento del pacto, y todo aquello que no es injusto es justo".

El derecho natural a todo no es, por tanto, auténtico derecho o, lo que es lo mismo, no hay derecho natural como orden objetivo. El derecho nace del pacto, y su contenido es fijado artificiosamente por las voluntades pactantes. Ciertamente Hobbes afirma que es obligatorio pactar, que una ley natural lo impone, ya que tal ley nos obliga a hacer lo necesario para la ut autoconservación, y pactar es un medio adecuado para ello. Pero, al mismo tiempo, nos dice que no es obligatorio cumplir lo pactado si no tenemos la garantía de que el otro lo cumplirá también. Más bien es contrario a la ley natural cumplir el pacto sin tal garantía, ya que con ello no hacemos otra cosa que entregarnos al otro, e incumplir así el deber de autoconservación. "Aquel que cumple en primer lugar no tiene seguridad alguna de que el otro cumpla después, porque los lazos de la palabra son demasiado débiles .... cuando falta el temor a algún poder coercitivo ..... y, por tanto, aquel que cumple el primero, no hace más que entregarse a su enemigo, contrariando el derecho (que no puede nunca abandonar) a defender su vida y medios de vida". "Sin la espada los pactos no son sino palabras".

El derecho, por tanto, no nace simplemente del pacto, "porque la naturaleza de la justicia consiste en el cumplimiento de pactos válidos, pero la validez de los pactos no comienza sino con la constitución de un poder civil suficiente para obligar a los hombres a su cumplimiento". El derecho sólo existe cuando existe la coacción, cuando existe un poder capaz de obligar a su cumplimiento. El derecho, por tanto, sólo existe en el Estado, y las llamadas leyes de la natura-

leza no son realmente tales. "Los hombres suelen dar el hombre de leyes a estos dictados de la razón, pero lo hacen impropiamente, pues no son sino conclusiones o teoremas relativos a lo que conduce a su conservación y defensa, mientras que propiamente la ley es la palabra de aquel que tiene por derecho mando sobre otros".

Algo similar ocurre en Kant. Nos habla de un derecho natural basado en el principio de la libertad individual, derecho natural que debe informar el futuro derecho positivo. A aquél le llama derecho privado, porque se trata de un derecho que regula relaciones entre individuos en pie de igualdad, esto es, porque es anterior a la existencia de poder. Al derecho positivo lo llama público, porque emana de un poder colectivo, que lo impone efectivamente a todos los hombres. Pero ese derecho al que Kant llama privado, derecho natural, no es auténtico derecho, ya que "antes del establecimiento de uns situación legal pública los individuos, los pueblos y los Estados no podrían sentirse seguros frente a la violencia de unos sobre otros, ni estar seguros de poder hacer aquello que les parece justo y bueno y no depender de la opinión de otros". "Sin duda un estado de naturaleza podría no ser por este motivo un estado de injusticia (iniustus) .... pero era sin duda un estado sin ninguna garantía legal (status iustitia vacuus), en el cual cuando el derecho era objeto de controversia, no se encontraba ningún juez competente para conferir fuerza de ley a la sentencia", Kant configura el estado de naturaleza como una situación jurídica, pero como una situación en la que el derecho es aún provisional y no auténtico derecho, porque éste sólo existe cuando existe el poder coactivo.

El orden basado en el principio de libertad se sigue describiendo, según vemos, como un orden jurídico, como

derecho natural, pero ese derecho natural no es en realidad más que una exigencia racional que sólo puede realizarse jurídicamente en el derecho positivo. Antes del derecho positivo no hay verdaderamente derecho.

Con unos matices u otros, una característica común a la moderna teoría del Estado de origen individualista es la negación del derecho natural como auténtico derecho. Esta negación se contiene de un modo radical en Hobbes, que puede ser justamente considerado como primer positivista, pero aparece también en pensadores como Kant o Hegel, en los que el término derecho natural ya ha alterado por completo su contenido.

Con ello la teoría liberal aporta el segundo de los elementos del concepto de soberanía. Ya no se trata solamente de que el soberano esté por encima del derecho positivo, sino que, además, se niega que exista otro derecho que el derecho positivo. Frente al poder soberano se podrá alegar un orden moral o una ética racional, pero no será posible alegar ninguna clase de límite jurídico. El poder soberano afirma así su absoluta autonomía y un absoluto monopolio de la creación de derecho. El problema será ahora determinar quién es el titular del poder soberano y cómo se organiza el ejercicio de éste.

LECCION OCTAVA

LA SOBERANIA COLECTIVA

SUMARIO: 1.- El pueblo en la teoría preestatal: A/ El carácter natural de la comunidad y del poder político. B/ El carácter limitado del poder: a) La teoría del pacto. b) La teoría de los regímenes. c) El derecho de resistencia. 2.- Las leyes fundamentales en la teoría preestatal: A/ La ausencia de un problema constitucional. B/ Las leyes fundamentales. Su significación. 3.- La moderna soberanía colectiva: A/ El carácter no natural de la comunidad. El estado de naturaleza. B/ El doble valor del estado de naturaleza. C/ Libertad y soberanía: a) El problema de la necesidad del Estado y de su limitación. b) La atribución de la soberanía a la colectividad. D/ El significado de la soberanía de la colectividad: a) El pacto originario, su estructura y significado. b) La voluntad general y su significado. c) La exclusión de la democracia en la teoría liberal. d) Soberanía colectiva y teoría jurídica. e) Las consecuencias jurídicas de la atribución de la soberanía a la colectividad. Titularidad y ejercicio.

1.- El pueblo en la teoría preestatal.

A/ EL CARACTER NATURAL DE LA COMUNIDAD Y DEL PODER POLITICO.- La característica fundamental a destacar en la teoría política clásica, y en concreto en el aristotelismo y en el pensamiento escolástico, es el carácter natural de la sociedad civil o política. 1) A diferencia de lo que ocurre en el pensamiento posterior, que sirve de base a la teo-

ría del Estado, para la teoría política clásica el hombre es un ser naturalemente social o político, lo que significa que en el punto de partida no nos hallamos ante individuos aislados, cuya unión posterior habrá que explicar, sino ante seres que por su propia naturaleza son sociales. La naturalidad puede basarse aquí en el concepto de praxis, o en la idea cristiana de la naturaleza caída, o en la concepción naturalista de la estructura instintiva del hombre, pero todas las orientaciones coinciden en afirmar que el hombre es un ser social por naturaleza. Para Aristóteles es un "animal político" y según Sto. Tomás "inherente es a la naturaleza del hombre ser social y creado para ser regido por leyes sociales".

2) Decir que el individuo es naturalmente social significa decir que la comunidad es también natural, o de derecho natural o divino, que es una realidad primera u originaria. La teoría clásica en su conjunto afirma de un modo u otro el carácter natural de la sociedad, de la llamada "societas civilis sive politica." La existencia de la sociedad no es el resultado de la voluntad humana, sino obra de la naturaleza y, para el pensamiento cristiano, obra de Dios.

Esto significa, en primer lugar, que la sociedad no es el resultado de un pacto entre los individuos, no es fruto del consentimiento que éstos hayan prestado para vivir en ella. Es verdad que algunas de las orientaciones de la teoría política preestatal utilizan el concepto de un "pactum societatis" o contrato de sociedad, según el cual la sociedad no procede directamente de la naturaleza ni de Dios, sino que es el fruto de la voluntad humana. Pero ese pacto no se utiliza para explicar la sociedad como tal, sino el paso de un estado natural en el que ya existe una sociedad natural a una sociedad civil. Se trata en realidad de explicar el paso de una sociedad basada en la propiedad común a una sociedad basada en la propiedad privada. La inclu-

sión del "pactum societatis" en la teoría no excluye, por otra parte, la naturalidad de la sociedad, ya que se sigue afirmando que el pacto está condicionado por la naturaleza social del hombre. Es cierto, sin embargo, que ese concepto de "pactum societatis" lleva en sí gérmenes individualistas, pero éstos no se desarrollan hasta la teoría política estatal. En la teoría política preestatal el concepto de "pactum societatis" se utiliza para explicar una concreta forma de sociedad, no el hecho social en cuanto tal.

3) Para la teoría política preestatal no sólo es natural la existencia de la sociedad, sino también la del poder político en su seno. Se atribuye carácter natural a la sociedad políticamente estructurada (aunque esto no significa que se atribuya tal carácter a esta o aquella forma de organización). Lo que es de derecho natural, o divino, es la llamada "societas civilis sive politica", sociedad civil o política. El pensamiento preestatal no concibe una sociedad que no tenga una organización política, no concibe una sociedad puramente civil.

Hay diferencias importantes, sin embargo, según el modo de concebir el carácter político de la sociedad civil, esto es, en cuanto al modo de concebir la relación entre el carácter civil y el carácter político de la sociedad civil. Es posible que la sociedad civil se conciba como idéntica a sociedad política, de modo que el concepto mismo de sociedad englobe el momento de la organización política, y es posible también que se diferencie conceptualmente entre el momento social y el momento político. En el primer supuesto cuando se piensa en la sociedad se piensa en todo caso en una sociedad políticamente organizada, por exigencia misma del concepto, que no distingue los dos elementos. En el segundo, en cambio, la afirmación del carácter natural de la existencia de la sociedad y de la existencia del poder no significa la identidad conceptual de ambos elementos; la sociedad civil es natural, y lo es también

su carácter político, la existencia de poder en ella, pero lo es sólo en función de la primera o, lo que es lo mismo, porque la sociedad se puede "pensar" al margen de su organización política, pero no podría subsistir sin ella. El primer planteamiento es típico de Aristóteles, que toma como modelo la "polis" o ciudad griega, una comunidad que es esencialmente política. El segundo planteamiento es el de Sto. Tomás y el del aristotelismo tardío. En él la sociedad civil es sociedad natural, y su organización política viene exigida por la necesidad de que aquélla se mantenga unida: "Si en una sociedad nadie se ocupa más que de sí mismo, pronto se disolvería, a no ser que hubiera uno que la detuviera en su perdición, consagrándose al régimen y a la dirección de los asuntos comunes". En esta concepción teleológica del poder político, aunque se atribuye a éste un carácter natural, se apunta la diferencia conceptual entre sociedad civil y sociedad política, diferencia que tendrá la máxima importancia en la construcción de la moderna teoría del Estado. La diferenciación conceptual, por otra parte, permite toda la construcción de la teoría del contrato político, que veremos después.

Importa insistir en que el hecho de que se atribuya al poder político un carácter natural o divino no significa que esto se diga de cualquier forma de poder político ni de una en concreto. Se afirma que es natural que exista poder, pero no que sea natural esta forma o aquella, o que lo sea cualquiera. La teoría política preestatal tiene variantes autocráticas y variantes democráticas y no justifica cualquier forma de poder.

B/ EL CARACTER LIMITADO DEL PODER.- a) La teoría del pacto. Esta característica de la teoría política clásica, la atribución de carácter natural a la sociedad y al poder político, tiene como más importante consecuencia que el poder se conciba como esencialmente limitado. En efecto, al atri-

buir al poder un carácter natural se le confiere sin duda una base firme de legitimidad, pero al mismo tiempo se somete a ese poder a las limitaciones que le impone el derecho natural, o divino, del que procede. La naturaleza o Dios instituyen el poder para un fin o, cuando menos, con unos límites. Es natural la existencia de poder, pero el poder responde a un fin y sólo es legítimo aquel poder que está acorde con ese fin. El poder es esencialmente limitado precisamente porque está instituido por la naturaleza o por Dios y lo está para beneficio de la comunidad. Así en Arístoteles no toda comunidad dotada de organización política es natural, sino que lo es solamente aquella en la que la organización del poder se basa en la participación y libertad de los ciudadanos, y para Sto. Tomás "gobernar es dirigir a su debido fin lo que está sometido a una autoridad".

Esta limitación del poder por la comunidad cuya conservación es su fín tiene una de sus formulaciones más precisas en la teoría contractualista del origen del poder político. La teoría mayoritaria en la Baja Edad Media, y posteriormente, no explica el poder como atribución de Dios, sino como resultado de un contrato, del llamado "pactum subjectionis". Según esta teoría el origen del poder es sin duda Dios o la naturaleza, pero el poder radica en el pueblo, y éste lo transmite al Príncipe a través del llamado "pactum subjectionis," pacto de sujeción o contrato político. Mientras que el "pactum societatis" —teoría, por otra parte, menos extendida— explica el origen de la sociedad, el "pactum subjetionis" explica por qué el pueblo se da a un Rey. La teoría tiene variantes según que se considere que en el pacto tiene lugar una enajenación definitiva, una "translatio" o tan sólo una concesión de su ejercicio, una "concessio", pero en cualquier caso la explicación del origen del poder sobre la base del contrato significa una limitación del mismo, ya que hablar

de contrato supone que se atribuye a la comunidad, a la otra parte del pacto, una entidad propia e independiente del poder como tal.

b) La teoría de los regímenes. De este carácter esencialmente limitado del poder deriva una característica propia de la teoría política preestatal, que desaparecerá por completo, a partir de Hobbes, en la teoría política estatal. Se trata de la diferenciación que la teoría clásica de las formas de gobierno establecía entre formas buenas y malas, puras y corruptas. La teoría clásica de las formas de gobierno utiliza en primer lugar el criterio cuantitativo, para diferenciar entre el gobierno de uno, el de unos pocos y el de muchos. Pero al concebir el poder como sometido a unos fines, se ha de utilizar paralelamente otro criterio, cualitativo, para diferenciar las formas de gobierno según en ellas se respeten o no esos fines. De este modo se da lugar a una división de las formas con dos criterios superpuestos, de forma que cada una de las formas establecidas con arreglo al criterio cuantitativo se desdobla en dos con arreglo al criterio cualitativo. Esta es la clásica tipología de Aristóteles, que en la política se nos presenta con las siguientes palabras: "Cuando el uno, la minoría o la mayoría gobiernan atendiendo al interés general, esos regímenes serán forzosamente correctos, mientras que serán desviaciones los que atienden al interés particular del individuo, o de la minoría o la mayoría. De los gobiernos unipersonales solemos llamar "monarquía" al que atiende al interés general; al gobierno de pocos, pero más de uno, "aristocracia", bien porque gobiernan los mejores ("aristoi") o bien porque procuran lo mejor ("ariston") para la ciudad y los que participan en ella. Cuando es el mayor número el que gobierna atendiendo al interés general recibe el nombre común a todos los regímenes políticos: "república" ("politeia"). Las desviaciones de los mencionados son: la "tiranía" de la monarquía, la "oligarquía" de la aristo-

cracia, la "democracia" de la república. La tiranía es, en efecto, una monarquía orientada hacia el interés del monarca, la oligarquía hacia el de los ricos, y la democracia hacia el interés de los pobres. Pero ninguna de ella atiende al interés de la comunidad". Esta tipología de las formas de gobierno llegará a convertirse en clásica en el pensamiento preestatal (aunque la distinción entre república y democracia es sustituida por la de democracia y demogogia, esta segunda forma impura de la primera). Se trata de una teoría que sólo es posible a partir de una concepción en la que el poder esté sometido a límites y por ello desaparecerá a partir de la teoría de la soberanía en Hobbes.

c) El derecho de resistencia. Del hecho de que el poder se conciba como limitado deriva también otra importante consecuencia: el problema del derecho de resistencia. Se trata de la cuestión de si es lícito resistir al poder cuando éste se aparta de los fines para los que fue establecido (o cuando es fruto de la usurpación), problema cuyo planteamiento extremo es el del tiranicidio, la cuestión de si es o no lícito dar muerte al tirano. La cuestión es impensable para la teoría política estatal, positivista, ya que en ella falta precisamente el presupuesto de la existencia de límites de derecho divino o natural y falta también, según veremos, la concepción de la comunidad como algo anterior al poder. Pero la teoría política pre-estatal, por el contrario, al considerar el poder como esencialmente limitado y subordinado a la comunidad, tiene que plantearse la cuestión de los derechos de ésta frente a aquél cuando se incumplan esos fines o se rebasen los límites. Por ello el tema del derecho de resistencia se convierte en una de las características básicas del pensamiento político medieval.

Sería erróneo, sin embargo, pensar que la teoría

pre-estatal defiende el derecho de resistencia. Es verdad que tiene que plantearse la cuestión, pero también lo es que en la mayor parte de los casos le da una respuesta negativa y claramente conservadora. En este sentido son ilustrativas estas palabras de Santo Tomás: "Si la tiranía no llegase al colmo de los excesos, vale más soportarla por algún tiempo que conspirar contra ella, suscitando en la sociedad peligros mucho mayores que la tiranía; porque puede suceder que los que conspiran contra el tirano, o no logren su fin, y entonces el tirano, irritado, se hará más cruel, o triunfen, y en este caso se originan graves disensiones en el pueblo, ya durante la insurrección, ya porque, lanzado el tirano, se forman partidos sobre la nueva organización del gobierno. Más razonable parece que sea a la autoridad pública, y no a la privada de cada uno, a quien competa proceder en los casos en que el poder de los Príncipes degenere en tiranía". La teoría política pre-estatal, iusnaturalista, no desemboca en absoluto en nada parecido a un derecho a la revolución, sino en todo caso en una teoría liberal de los llamados cuerpos intermedios y, en el caso de las luchas entre la iglesia y las monarquías, en la defensa de aquélla frente a ésta. En ella se insiste en la idea de limitación del poder, pero su traducción a términos jurídicos no supone un derecho de los súbditos indiferenciadamente considerados, sino que transcurre por la contraposición de instituciones y poderes que sólo raramente son democráticos. La doctrina teocrática sirve de apoyo a la afirmación de la supremacía del Papa, máximo representante en la tierra del origen del poder de los reyes. Por ello la doctrina absolutista procurará apartarse de los planteamientos medievales, teocráticos y recurrirá a la teoría del derecho divino de los reyes. A su vez la doctrina contractualista no supone necesariamente una postura democrática, sino la defensa frente al monarca de las instituciones en las que se articula el cuerpo político, como son los jueces o los estamentos ante los que el rey debe

prestar juramento. Y si hay derecho de resistencia es a esas instituciones, y no a los ciudadanos, a quienes compete.

Se puede decir que se trata de una teoría liberal en el sentido de que en ella se defienden las libertades de los cuerpos sociales frente al intento de la monarquía de concentrar el poder en sus manos. Por ello se puede hablar de una liberalismo medieval o de una teoría medieval de las libertades. Pero no se trata de una liberalismo en el sentido moderno del término, porque faltan los dos elementos capitales para este planteamiento del problema. Mientras que en el liberalismo moderno se trata de la contraposición del individuo y el poder social organizado en Estado, en el liberalismo medieval no se trata de las libertades individuales, sino de libertades de los cuerpos sociales y de los individuos sólo en cuanto miembros de ellos, y el término contrapuesto tampoco es el Estado, sino uno de los poderes de creación jurídica, la Monarquía, cuya tendencia expansiva se trata de frenar.

2. Las leyes fundamentales en la teoría preestatal.

A/ LA AUSENCIA DE UN PROBLEMA CONSTITUCIONAL. En los ordenamientos jurídicos pre-estatales existe sin duda un derecho constitucional, una constitución en sentido material, integrada por el conjunto de las normas que regulan la creación de normas por parte de los sujetos que se han mencionado antes. El conjunto de poderes y formas de creación jurídica que se han descrito sólo puede ser explicado desde la perspectiva jurídica si partimos de normas positivas, esto es, si los consideramos como poderes y formas de creación que vienen establecidos por normas jurídicas y que derivan su validez de ellas. Desde este punto de vista es posible utilizar el concepto de constitución y tratar de identificar las normas

constitucionales de un determinado ordenamiento jurídico preestatal. Es posible, en otras palaabras, describir la constitución de cualquier ordenamiento del pasado. Esto es precisamente lo que hace la historia del derecho entendida como historia de las fuentes y, en particular, la historia constitucional. Y ese mismo derecho constitucional preestatal es el que se ha tratado de describir aquí en sus rasgos más básicos y generales.

Ahora bien, aunque las normas constitucionales existan en todo ordenamiento y sean identificables y descriptibles como tales por la ciencia jurídica moderna, eso no significa que en tales ordenamientos sean objeto de formulación expresa en cuanto tales normas, ni tampoco que exista en la conciencia jurídica del momento una conciencia constitucional, esto es, que tales normas, en el caso de existir como normas formuladas explícitamente, sean consideradas positivas y constitucionales por la conciencia jurídica de la época. Suponer esto sería trasponer erróneamente rasgos propios de un mundo jurídico positivizado al mundo de los ordenamientos preestatales, en los que se dan una realidad y una conciencia jurídica distintas.

El concepto mismo de constitución y la existencia de constituciones escritas o rígidas se debe a la positivación del derecho, esto es, a la dinamicidad ilimitada, a la contingencia que es necesario controlar. En los ordenamientos preestatales la situación es distinta, porque o falta por completo esa contingencia o, caso de existir, no tiene los caracteres extremos que tiene en el derecho positivizado. Para un ordenamiento preestatal el problema del derecho constitucional se plantea en unos términos totalmente distintos.

En primer lugar, el problema de la limitación jurídica del poder de creación normativa tiene una importancia

menor, como consecuencia de que la propia creación normativa es escasa. Nos hallamos ante ordenamientos estáticos, desde el punto de vista sociológico, esto es, ante ordenamientos con escasa innovación jurídica, que operan en un sistema social de escasa complejidad y dinamicidad. Se trata de un rasgo que, desde luego, sufre mutaciones importantes a partir del Renacimiento, pero los ordenamientos preestatales ni siquiera en su momento de mayor dinamicidad son comparables a un ordenamiento moderno en este aspecto.

En segundo lugar la propia creación jurídica está sometida a importantes límites fácticos, que disminuyen la importancia de la limitación jurídica de la misma. Se puede citar, como uno de esos límites, la carencia de poder efectivo para ejercer la coacción sin la que no hay derecho. La limitación del poder normativo de un Rey en un ordenamiento medieval no deriva tan sólo del derecho, sino también de los hechos, dado que la Corona carecía prácticamente de medios para imponer las normas jurídicas más allá de un reducido ámbito. La dispersión de los medios de coacción era paralela a la pluralidad de centros de creación jurídica. Otro importante límite fáctico es la estrechez de la base de legitimación, fundamentalmente religiosa o ética, y difícilmente alterable por el poder. La fundamentación de la validez en el plano teológico o ético implica que el poder de normación viene limitado, a diferencia de lo que ocurre hoy, por un campo ideológico sobre el que no dispone. Sólo se podrá obtener eficazmente la aceptación de las normas en cuanto éstas se atengan a los límites que ese otro plano les imponga. Y lo mismo puede decirse de la antigüedad como criterio de la validez. A este respecto ya hemos visto las dificultades que plantea la innovación jurídica, que necesita presentarse bajo el ropaje de la continuidad y la tradición para poder ser aceptada.

Las normas constitucionales, que sin duda existen, como hemos dicho, no siempre están fijadas por escrito, y a veces ni siquiera aparecen a la conciencia jurídica como normas jurídico-positivas, sino que se presentan revestidas bajo cualquier otro ropaje. Con frecuencia se trata de normas consuetudinarias, de modo que es la costumbre la que fija con mayor o menor precisión las competencias de los sujetos en presencia y las formas de creación de derecho. En otros casos se trata de normas contenidas en pactos entre tales sujetos. Cuando se trata de normas escritas, en absoluto forman un cuerpo unitario y sistemático, al modo de las modernas constituciones, sino que se trata de textos dispersos y de acumulación sucesiva. Por último, las normas constitucionales no siempre era percibidas como normas jurídicas o como normas jurídico-positivas, sino como normas de derecho divino o natural o como proposiciones teológicas o filosóficas. En ellas cabe identificar hoy normas jurídicas, pero en los ordenamientos jurídicos preestatales la distinción entre el plano jurídico y el ético o religioso no está establecida con nitidez.

Todo esto explica la falta de un concepto de constitución jurídica o de un concepto similar, con la salvedad que veremos después para el absolutismo. Existe un concepto de constitución en el sentido ontológico del término, para designar el modo en que efectivamente está constituido algo, en este caso la comunidad política. Pero falta un concepto de constitución jurídica, esto es, un concepto con el que se quiere expresar la existencia de unas normas de rango superior que deban ser respetadas por los poderes de creación jurídica. Falta la noción de una supralegalidad que, por regular la creación jurídica, esté sustraída a ésta. No hay diferencias de estabilidad donde todo es estable. Y, en cualquier caso, la fundamentación de la validez se concibe como algo suprapositivo, procedente de la antigüedad o de la bondad de la norma.

Por todo ello no es de extrañar que en el mundo de los ordenamientos jurídicos preestatales, con la salvedad que veremos para el absolutismo, el problema de la limitación del poder no se plantee tan sólo, ni siquiera preferentemente, en términos jurídicos, sino sobre todo en términos filosóficos o éticos. Al debatir el ámbito de los respectivos poderes, la discusión abandona el plano del derecho positivo para pasar al plano de la argumentación metajurídica, a la argumentación teológica o filosófica. Como no existe un concepto de constitución jurídica, no existe tampoco lo que hoy llamaríamos un debate constitucional. Frente a la extralimitación se alegan límites de derecho divino o de derecho natural, lo que significa que la discusión tiene lugar entre teólogos y filósofos, y no en los libros de derecho, sino en los de esos otros saberes.

B/ LAS LEYES FUNDAMENTALES. SU SIGNIFICACION.- De este esquema que se acaba de describir se aparta en cierta medida la época del absolutismo, en la cual aparece, desde el siglo XVI, la denominación "leyes fundamentales" para designar ciertas normas básicas del orden jurídico, como la necesidad de convocar a los estamentos, de no enajenar el patrimonio real o de respetar la ley sucesoria. Se trata de normas que hoy consideraríamos como constitucionales, y en tal sentido se puede hablar del despertar de una conciencia constitucional a partir del momento en que aparece el concepto. Con él se pretende sobre todo señalar que la creación de derecho por parte del Rey está sometida a ciertos límites que éste no puede alterar, a ciertas normas que son superiores a la autoridad regia e inmodificables por ésta.

El concepto de ley fundamental resulta, sin embargo, sumamente impreciso y, aunque pueda ser considerado como un antecedente del moderno concepto de constitución,

lo separan de éste notables diferencias, tanto en su amplitud como en su función, hasta el punto de que cabe decir que entre ambos conceptos hay una profunda ruptura de la continuidad.

En primer lugar, el concepto de ley fundamental no se utiliza para aquellas leyes de las cuales deriva la potestad normadora del monarca. Aunque ese aspecto pueda estar presente, la ley fundamental se aduce sobre todo como límite al poder del monarca, no como fundamento de la validez de éste, lo que significa que quedan fuera del concepto los derechos históricos de la monarquía, por ejemplo, que fundamentan su poder y son, en consecuencia, normas que hoy llamaríamos constitucionales. Dicho en otros términos, la expresión ley fundamental no se utiliza para designar todas las normas que nosotros llamaríamos constitucionales, sino sólo aquellas que se han de poner de relieve como límite frente al poder normador del monarca. El concepto de ley fundamental es un concepto polémico, no técnico —por ello cada partido tiene su propia concepción— y con él no se trata tanto de describir como de limitar; no tiene en cuenta la constitución en su totalidad de aspectos, sino sobre todo como límite.

Hay que advertir, sin embargo, que en los siglos XIX y XX, el vocabulario político español recupera el término ley fundamental con un uso que es similar al de la palabra constitución, aunque con ciertas diferencias importantes de las que nos ocuparemos en otro momento. En cualquier caso, ese uso del término, aunque pretenda conectar con el pasado que aquí se describe, difiere notablemente de él en cuanto a la extensión que tiene ahora el concepto.

En segundo lugar, el concepto de ley fundamental no abarca tan sólo normas positivas, sino también normas

extrapositivas, y a veces ni siquiera se refiere a normas, sino a fundamentos teóricos del poder. Desde luego no designa normas escritas, como lo pudiera hacer creer el uso de la palabra ley, sino sobre todo costumbres, derecho consuetudinario. En ocasiones se utiliza la expresión para designar el hipotético pacto teórico entre el Rey y la comunidad política, lo que implica que aquí la palabra ley no designa ni siquiera una norma jurídica, sino tan sólo una hipótesis explicativa. En otros casos, por ejemplo en Bodin, se utiliza la expresión "leges imperii" en parte similar a leyes fundamentales, para designar principios constitutivos del poder de la Corona y del propio Estado; no se trata aquí de leyes, sino de exigencias inmanentes a la propia conservación del poder, como es el caso de la prohibición de enajenar el patrimonio real, prohibición por otra parte jamás formulada explícitamente como ley.

En tercer lugar, la propia enumeración de las leyes fundamentales varía según los autores y los partidos que utilizan el término, de forma que no es posible determinar exactamente el verdadero contenido del concepto.

Por último, no está tampoco claro el alcance de las leyes fundamentales en cuanto normas jurídicas, esto es, no está claro cuál es la consecuencia que se deriva de la infracción de tales leyes fundamentales por parte del Monarca. En ocasiones se afirma que abren paso al derecho de resistencia, en otras que su alteración provoca la ruina del Reino. No se trata de un freno jurídicamente determinado en su naturaleza y efectos, sino más bien de una invocación mítica.

Cabe hablar, por tanto, del nacimiento de una conciencia constitucional como resultado de que el derecho se hace mudable y por ello mismo es necesario señalar aquellos

fundamentos del mismo que se consideran sustraídos a la mutación. Pero, del mismo modo que la dinámica jurídica de la monarquía absoluta no es comparable a la del Estado moderno, tampoco lo es el concepto de ley fundamental al de constitución. Establecer una continuidad entre ambos significa ignorar la profunda ruptura de la continuidad en el mundo jurídico que los separa.

3.- La moderna soberanía colectiva.

A/ EL CARACTER NO NATURAL DE LA COMUNIDAD: EL ESTADO DE NATURALEZA.- La afirmación del derecho ilimitado de la individualidad como punto de partida supone evidentemente una inversión radical de los planteamientos tradicionales: la comunidad, la "societas civilis sive politica" no es un hecho natural, sino una creación artificial que opera como un límite a la libertad natural del hombre. El punto de partida no es la sociedad políticamente estructurada, sino la situación amorfa de antagonismo universal, de competencia ilimitada. Lo natural es la lucha entre individuos iguales que compiten entre sí, que buscan su beneficio, y el derecho natural no es otra cosa que el derecho a usar de los medios que esa lucha requiera.

Todo esto significa que la teoría política estatal, a diferencia de la pre-estatal, no empieza analizando las relaciones interindividuales como relaciones políticas, sino como relaciones prepolíticas. A diferencia de lo que ocurre en la teoría preestatal, no se da por supuesto que las relaciones interindividuales son políticas, sino que se parte del análisis de esas relaciones en su estado natural, esto es, antes de que se superpongan a ellas las relaciones políticas o, para decirlo más exactamente, tales relaciones se analizan haciendo abstracción de

las relaciones políticas que se les superpongan. El punto de partida deja de ser la organización política de la sociedad, para pasar a ser la sociedad misma; la teoría del Estado no parte del Estado, sino de la sociedad.

En el lenguaje de los clásicos de la teoría del Estado a esta situación prepolítica se la denomina "estado de naturaleza" o "estado natural". La palabra "estado" es equivalente aquí a situación, no a Estado como organización. En realidad se trata del análisis de la sociedad entendida como algo diferente del Estado e incluso contrapuesta a éste. La unidad conceptual de la "societas civilis sive politica" se rompe ahora en la dualidad de sociedad y Estado. Aquélla, la sociedad burguesa, es el mundo de las relaciones no políticas, de las relaciones puramente económicas y sociales, de las relaciones puramente privadas entre individuos situados en un plano de igualdad jurídica. El Estado es la reestructuración de esa sociedad por el poder, la reconducción de lo multiple a lo uno, de la pluralidad a unidad.

B/ EL DOBLE VALOR DEL ESTADO DE NATURALEZA.- Desde la perspectiva de la teoría del Estado y del derecho, la que nos interesa aquí, este estado de naturaleza presenta una doble característica: se trata de una situación que debe ser superada y al mismo tiempo conservada.

En el primer sentido, el estado de naturaleza aparece como una situación que es por sí misma insostenible. Hobbes nos hace una descripción estremecedora de ese estado de naturaleza como una situación en la que la propia vida humana está permanentemente amenazada. Nos hallamos sin duda ante una pintura en la que los trazos son, por razones históricas, extremadamente negros. Pero la misma idea de la necesidad de abandonar el estado de naturaleza aparece en otros autores, porque en todos ellos el estado de naturaleza aparece co-

mo una situación de permanente inseguridad para la libertad y para los bienes. Así en Kant podemos leer que "la primera cosa que se está obligado a admitir si no se quiere renunciar a todo concepto de derecho es la proposición fundamental: el hombre deber salir del estado de naturaleza". El llamado derecho natural obliga a salir de ese estado de naturaleza y someterse a un poder común, el poder soberano, que garantice a cada uno lo suyo, que funde así un verdadero derecho y una verdadera libertad.

Al mismo tiempo, sin embargo, ese estado de naturaleza es en otro sentido algo a conservar, esto es, contiene los elementos de lo que debe ser el Estado civil, el Estado en sentido propio. Este es el problema básico de la teoría liberal, y constituye un rasgo que la diferencia de la teoría democrática.

Cuando la teoría individualista y liberal nos habla de un derecho natural, cuando define como derecho natural lo que al mismo tiempo se presenta como una situación no jurídica, en realidad está utilizando el paradigma clásico para definir el estado de naturaleza como un valor. La superación de ese estado de naturaleza y el tránsito al Estado civil persiguen el fin de hacer posible esa libertad que constituye la base de toda la construcción. Si se trata de una teoría liberal se debe precisamente a que en ella el fin del Estado es garantizar la libertad limitándola sólo en la medida en que sea necesario. La función del poder no es establecer un ordenamiento esencialmente distinto del que se da en el estado de naturaleza, sino garantizar un orden que en el estado de naturaleza se encuentra en una situación precaria. El ESTADO existe en función de la sociedad y para hacer posible esa sociedad civil de individuos naturalmente libres y naturalmente iguales.

Este aspecto del problema aparece muy claramente formulado en Kant y en su distinción, ya mencionada, entre derecho privado y derecho público. En Kant el derecho privado es el derecho natural, que regula las relaciones de los hombres entre sí, de los hombres libres e iguales, y el derecho público no contiene nada más o no contiene otros deberes que aquellos que puedan ser pensados en el primero. "El principio supremo y esencial de la legislación civil es el de realizar el derecho natural de los hombres que en el estado natural (esto es, antes de la unión civil) es una mera idea, o sea, someterlo a normas generales públicas acompañadas de una adecuada constricción y sobre cuya base se pueda asegurar y procurar a cada uno el propio derecho" . El derecho privado y el derecho público se diferencian solamente como contenido y forma, ya que el contenido de la norma jurídica ha de ser igual en ambos casos.

En Hobbes aparece también claramente esta idea de la finalidad que debe perseguir el poder soberano cuando dice que "el uso de las leyes no consiste en impedir al pueblo toda acción voluntaria, sino en dirigirle y mantenerle en un movimiento en el que no se dañe a causa de sus impetuosos deseos, temeridad o indiscreción, así como los muros se construyen no para detener a los que viajan, sino para mantenerlos en el camino". "Las leyes innecesarias no son buenas leyes" (Leviathan XXX).

C/ LIBERTAD Y SOBERANIA.- a) El problema de la necesidad del Estado y de su limitación. Esta doble exigencia, salir del Estado de naturaleza y garantizar la libertad, plantea el problema esencial de la teoría liberal.

En primer lugar, la existencia de un poder soberano no sólo no es en sí misma contraria a la libertad, sino que

es esencial para que exista libertad jurídica, para que exista derecho. Sólo puede decir que tiene derecho a algo, o que es libre de hacer algo, quien tenga poder para obligar a los demás a que respeten ese derecho. En una sociedad en la que unos tengan la posibilidad de usar lícitamente de la fuerza contra otros, estos segundos no son evidentemente libres frente a los primeros. El poder coactivo está aquí en manos de unos particulares y, por tanto, no todos los ciudadanos son libres e iguales entre sí. Para que se pueda hablar de libertad e igualdad jurídicas es necesario que el ordenamiento jurídico prohiba a todos por igual el uso de la fuerza y lo monopolice en un solo sujeto, en concreto en un aparato coactivo que es superior a todos y que puede imponerse frente a todos. El Estado moderno se caracteriza precisamente por ese alto grado de monopolio de la coacción en manos de un aparato especializado y sometido a reglas especiales, de derecho público. Ésa es su principal diferencia con la sociedad estamental, o con el orden señorial, en el cual ese aparato no existe, o aún no está desarrollado, de modo que el poder coactivo se halla entregado a los sujetos en función de posiciones que hoy llamaríamos de derecho privado. Frente a esa fase de confusión de los planos público y privado, el Estado moderno se caracteriza por la diferenciación de planos mediante el monopolio de la coacción en manos de funcionarios servidores de un aparato especializado. El concepto de poder soberano expresa esta monopolización, que es esencial para la despolitización de las relaciones entre individuos jurídicamente libres e iguales.

En segundo lugar, sin embargo, la existencia de un poder soberano constituye una amenaza para esa libertad. Es cierto que el soberano garantiza nuestra libertad frente a los demás, pero el problema consiste en saber cómo se garantiza esa libertad frente al soberano. El problema consiste en saber cómo se puede garantizar que el soberano cumpla la fun-

ción para la que es instituido como tal soberano. De no resolver de algún modo este problema la construcción liberal se revelaría absurda: nacida para garantizar la libertad desembocaría en la destrucción de ésta.

El núcleo de la cuestión radica en que la sumisión de ese soberano a un fin no puede formularse jurídicamente, esto es, no existe un derecho natural alegable frente al soberano: el límite de la soberanía no puede ser, por definición, límite jurídico. Desde luego se sigue hablando de un derecho natural, que contiene las exigencias a que se ha de someter el derecho positivo. Sin embargo, ese derecho natural, o racional, aparece realmente como un no derecho, o, para decirlo de otro modo, como una exigencia racional de lo que debería ser el derecho, pero sin que se trate de una exigencia jurídicamente articulada. Por ese motivo el derecho natural no puede servir de fundamento para considerar antijurídicas las leyes positivas o, lo que es lo mismo, no se niega carácter jurídico al derecho positivo por el hecho de que contradiga el supuesto derecho natural. Este sirve tan sólo como una instancia crítica racional, no como una instancia de control de juridicidad.

Hobbes, perfectamente consecuente, afirma que las leyes innecesarias no son leyes buenas, pero a continuación nos advierte: "por buena ley no quiero decir ley justa, pues ninguna ley puede ser injusta". Dado que no hay derecho natural, falta el criterio de lo justo y de lo injusto y también las leyes innecesarias, malas, son leyes justas. La necesidad de respetar la libertad se basa en una exigencia racional, que en Kant es una exigencia ideal, derivada de la idea a priori de lo que debe ser el derecho. Pero el derecho positivo que contradiga esa exigencia no por ello deja de ser derecho, porque el derecho es obra del soberano.

A la teoría liberal le resulta imposible escapar a esta consecuencia. Si afirmase la existencia del derecho natural como un orden objetivo, tendría que afirmar que el derecho subjetivo es siempre un derecho limitado y con ello estaría negando, entre otras cosas, la libertad del propietario, esencial al sistema. En la medida en que se afirma esa esencial limitación del derecho subjetivo se regresa a una concepción premoderna. Así ocurre en Locke. Su intento de limitar jurídicamente el poder le conduce a un iusnaturalismo tradicional; con ello escapa a las consecuencias a las que se ve llevada la teoría hobbesiana, pero al mismo tiempo se ve llevado a afirmar que el derecho subjetivo del propietario está limitado a aquello que pueda acumular sin que perezca y de ese límite sólo escapa mediante el análisis de la función que cumple el dinero como bien imperecedero.

El problema de someter la soberanía a unos determinados fines ya no puede resolverse, en consecuencia, por la vía de configurar un orden jurídico natural que contenga tales fines y opere como un límite externo. En realidad la cuestión de los límites de la soberanía ya no volverá a plantearse, y el problema se desplazará ahora hacia la titularidad y hacia el modo de organizar su ejercicio.

La garantía de que la soberanía sea utilizada para los fines para los que se instituye sólo puede alcanzarse ahora por una vía interna a la propia soberanía, es decir, en el modo de atribuir la titualaridad de ésta y en el modo de organizar su ejercicio. La teoría liberal ya no pondrá en cuestión los caracteres de la soberanía, sino su titularidad y su modo de organización. No se trata de limitar la soberanía sino de organizarla de tal modo que sólo sea usada para el fin para el que ha sido instituida.

b) La atribución de la soberanía a la colectividad. La solución de la teoría liberal es la atribución de la soberanía a la colectividad, a la Nación o el Pueblo. Hemos de indicar que Nación y Pueblo son dos conceptos diferentes, pero por el momento los utilizaremos para señalar que la soberanía se atribuye al ente colectivo.

En efecto, la teoría liberal tiene que conducir necesariamente a la atribución de la soberanía al pueblo, por la doble razón de que el poder soberano sólo puede explicarse a partir de la libertad individual y, además, tiene ésta como fin. En el primer sentido, el origen del Estado y de su poder no puede ser otro que el libre consentimiento de los ciudadanos, y, en el segundo sentido, su función no puede ser más que la garantía de la libertad. La libertad contiene el por qué y el para qué de la soberanía.

1) En cuanto al origen del poder soberano, es evidente que no puede ser otro que el consentimiento libre de todos. Si partimos de que todos son libres e iguales, de que por naturaleza nadie está sometido a otro, el único modo de explicar por qué en el Estado existe tal sumisión, la sumisión al derecho, será recurrir al consentimiento de los que están sometidos. El sometimiento de un individuo libre sólo puede explicarse a partir de su voluntad, a partir de la renuncia voluntaria a la libertad. El acto de constitución de un Estado no puede ser otro que el llamado "contrato originario" en el cual todos los individuos acuerdan someterse a un poder común que les garantice contra la libertad originaria, salvaje, y constituya así una garantía de su derecho. Por este motivo la teoría del pacto se constituye en uno de los elementos tipicos de la teoría liberal, si bien, como veremos, se produce en cambio radical en su estructura respecto de las teorías políticas anteriores. Lo que ahora interesa destacar es que a partir del principio de la liber-

tad natural, la validez del derecho sólo puede explicarse sobre la base del libre consentimiento de todos y cada uno de los a él sometidos. El auténtico soberano es el conjunto de los individuos, porque de ese conjunto deriva el poder en el Estado.

2) Hay una segunda razón por la cual la teoría liberal tiene que atribuir la soberanía a la colectividad: si estuviera atribuida a una persona o a un grupo de personas sería por completo imposible garantizar que el titular de la soberanía no usaría ésta contra el derecho de los demás, no habría garantía de que la soberanía sería usada de acuerdo con sus fines racionales. Una frase de Kant, relativa al poder legislativo, soberano, nos aclara este punto: "El poder legislativo sólo puede corresponder a la voluntad unificada del pueblo. Porque, dado que de ese poder ha de surgir todo derecho, tiene que ser imposible hacer injusticia a nadie mediante la ley. Pero siempre es posible que cuando alguien dispone sobre otro le haga injusticia y no lo es, en cambio, cuando decide acerca de sí mismo ("porque volenti non fit iniuria"). Por tanto, sólo puede ser legisladora la voluntad coincidente y unificada de todos, por cuanto en ella lo que cada uno decide sobre todos es lo mismo que lo que todos deciden sobre cada uno, esto es, sólo puede ser legisladora la voluntad unificada del pueblo".

En este párrafo de Kant aparece claramente que la exigencia de atribuir la soberanía a la colectividad no deriva tan sólo de que la libertad sea el origen de la soberanía, sino también, y sobre todo, de que la libertad es su fin. No se trata tan sólo de que el poder únicamente puede explicarse a partir de la voluntad de los individuos, sino que, además, ese poder soberano no puede residir más que en esa voluntad unificada. Esta es el origen de la soberanía y por tanto, lógicamente la verdadera soberana, y tiene que ser también titular de ese

poder soberano. El pacto no puede dar lugar más que a una soberanía colectiva.

A este resultado nos conduce lógicamente el utilizar como punto de partida la libertad individual, pero este mismo principio conduce también lógicamente a que tal atribución de la soberanía al pueblo no pueda tener más que un carácter racional, carente en sí mismo de consecuencias jurídicas. Esto se debe a que en la teoría liberal el papel del pueblo está predeterminado por la necesidad de que se respete la ley de la libertad. Ciertamente la ley de la libertad exige que la soberanía derive de un pacto y que se atribuya al pueblo, pero ese pacto y ese pueblo son conceptos que se construyen a partir de la misma idea de libertad y que estan predeterminados por ésta en su propia estructura.

D/ EL SIGNIFICADO DE LA SOBERANIA DE LA COLECTIVIDAD.- a) El pacto originario: su estructura y significado. La idea del pacto originario de que tiene que partir forzosamente la teoría liberal para explicar la soberanía difiere radicalmente del "pactum subjetionis" propio de la teoría pre-estatal, que, lejos de servir como fundamento de la soberanía, operaba como un principio de limitación del poder del Príncipe.

La raíz del problema se encuentra en que, para la teoría liberal, es imposible concebir un pueblo existente antes de su sumisión al poder o al derecho. Para comprender esto basta recordar lo dicho respecto del derecho natural y del estado de naturaleza en la teoría liberal. Antes de la existencia del derecho positivo, y del poder que lo garantiza, no existe más que una multitud de individuos antagónicos que no constituyen ninguna unidad. No hay pueblo, sino una multitud amor-

fa. Si la teoría preestatal podía hablar de un pacto entre el pueblo y el Príncipe se debía a que consideraba que el pueblo como unidad existía en virtud del derecho natural, en virtud del carácter social del hombre. Ahora, sin embargo, se ha destruido ese supuesto, y en consecuencia no hay pueblo antes de la sumisión al poder, sino tan sólo una multitud. Eso significa necesariamente un cambio radical en la estructura del contrato o pacto del que se supone que deriva la soberanía, y significa también que la soberanía del pueblo es tan sólo una soberanía pensada y en absoluto un efectivo poder del conjunto de los ciudadanos.

1) El pacto ya no puede presentarse como un acuerdo o contrato entre el pueblo y el Príncipe, porque antes de la sumisión al poder no hay pueblo. La vieja teoría del "pactum subjectionis" resulta ahora imposible de mantener, y el pacto cambia necesariamente su estructura. El pacto del que se trata en la teoría liberal es, a partir de Hobbes, una renuncia del derecho de cada individuo en favor del soberano, no un pacto con el soberano. El soberano no puede estar limitado por el pueblo, porque el pueblo no existe sin el soberano, sino tan sólo a partir de la existencia del soberano que lo unifica, que convierte la multitud en lo uno.

Así aparece claramente en Hobbes y, con diversas modificaciones, también en los autores posteriores. Para Hobbes el único modo en que los hombres pueden salir del estado de naturaleza es "erigir un poder común capaz de defenderlos de la invasión extranjera y de las injurias de unos a otros" y para ello "es necesario conferir todo su poder y fuerza a un hombre o a una asamblea de hombres, que pueda reducir todas sus voluntades, por pluralidad de voces, a una sola voluntad". La fórmula de tal renuncia sería, según Hobbes: "autorizo y

abandono el derecho a gobernarme a mi mismo, a este hombre o a esta asamblea de hombres, con la condición de que tú abandones tu derecho a ello y autorices todas sus acciones de manera semejante". A diferencia de todas las teorías pactistas anteriores, aquí no nos hallamos ante un pacto del pueblo con el soberano, sino ante un pacto entre los individuos en favor de un tercero que no forma parte del pacto y que, por esta razón, no resulta en absoluto obligado a nada por él. En un mismo sentido, Kant afirma que "incluso la unión civil (unio civilis) no puede ser llamada una sociedad, porque entre el que tiene potestad de mandar (imperans) y el súbdito (subditus) no hay una consociación; no son socios, sino que están subordinados, y no equiparados".

Se puede dejar a un lado, por el momento, el hecho de que ese tercero es distinto en Hobbes y en Kant, para señalar tan sólo lo que aquí interesa: que el pacto consiste en un acuerdo entre todos para someterse a un poder que está por encima de todos. Es la sumisión a ese poder lo que hace de la multitud un pueblo, una república. Así nos dice Hobbes que la multitud así unida en una persona se llama república, en latín civitas". Lo que confiere unidad a una multitud es su sumisión a un poder común, al que Hobbes califica como representante de la persona común que es la civitas o república. "Es la unidad del representante y no la unidad del representado lo que hace de una persona una". No hay, por tanto, posibilidad alguna de que el pacto tenga lugar entre el pueblo y el soberano, ya que aquél no existe sin éste.

2) Ocurre, además, que ese pacto no puede ser más que una pura idea, en modo alguno una realidad. Y esto no se debe sólo a la cuestión práctica de la imposibilidad de demostrar que tal pacto haya tenido lugar alguna vez, sino que se debe

a una razón teórica. Para que el pacto fuese real sería necesario aceptar que los individuos se mueven por los dictados de la razón, de la "ley natural" que les manda pactar. Pero tal suposición es imposible, porque estamos partiendo del supuesto de que tales leyes de la razón carecen de operatividad antes de que exista el poder soberano. Si tuviesen esa operatividad estaríamos en el plano de la teoría preestatal, esto es, existiría el pueblo antes de su sumisión al poder y la soberanía no tendría razón de ser. En los presupuestos de la terория liberal, y en general de la teoría positivista del derecho y del Estado, el pacto no es pensable como una realidad porque no hay por qué suponer una renuncia tal, racionalmente necesaria pero al mismo tiempo contraria a la dinámica racional del egoísmo. Por eso nos dice Kant que "es necesario admitir que más allá de la pluralidad de las voluntades de todos hay una causa capaz de reunirlas a todas para extraer de ellas una voluntad común, y, como ninguna de ellas podría hacerlo, no cabe otra esperanza, en cuanto a la ejecución de esta idea, que la de que el estado jurídico comience por la fuerza en la que se funda el derecho público", "el pacto no es real, sino ideal, pues la coerción le es anterior". El pacto, por tanto, no es el efectivo origen del Estado, sino la regla que nos explica cómo debe ser. Así el propio Hobbes considera que también en los casos de conquista cabe hablar de pacto, y que éste no es nulo por derivar del miedo del vencido, y añade significativamente que "de ser esto cierto, sería imposible que ningún hombre estuviera obligado a obediencia en ninguna clase de república". Esta frase significa que el pacto no explica cómo se adquirió el poder, sino en virtud de qué es obligatorio obedecerlo, no explica la causa, sino el fundamento de la validez. Y es tan necesaria esta idea a partir de los presupuestos liberales e individualistas que Hobbes considera que el pacto existe también cuando la sumisión tiene lugar por el miedo del vencido al vencedor. Kant expone claramente este carácter ideal del pacto al

decir que "no se trata más que de una idea pura de la razón, pero de una idea que tiene una realidad práctica innegable, en el sentido de que obliga al legislador a dictar sus leyes de tal forma que hayan podido emanar de la voluntad colectiva de todo el pueblo, y a todo individuo, en cuanto quiera ser ciudadano, a considerarse como si hubiera contribuido a mostrar una voluntad de ese género".

b) La voluntad general y su significado. Según se decía antes, la predeterminación del problema de la soberanía por el de la libertad no opera sólo en el sentido de hacer que aquélla derive de ésta, sino que se hace sentir también en la necesidad de que la soberanía se constituya para la libertad, esto es, que la atribución de su titularidad tenga lugar de modo tal que el soberano no pueda usar de su poder ilimitado para lesionar el derecho de los individuos. Por esta razón el soberano no puede ser un individuo, esto es, una voluntad particular, sino el pueblo, la voluntad general. Esta es precisamente la quiebra del sistema de Hobbes, a la que se debe que este pensador, a pesar de ser en realidad el fundador de la teoría liberal del Estado, aparezca como un exponente de antiliberalismo. En realidad se trata tan sólo de que en Hobbes no está presente la distinción entre el titular de la soberanía y su ejercicio.

De acuerdo con el sistema de Hobbes, la República, esto es, el Estado, se constituye mediante un pacto entre los individuos en el que éstos renuncian a todo su derecho en favor de un tercero que no resulta obligado a nada. Ese tercero es un individuo o un conjunto de individuos, "un hombre o una asamblea de hombres", dice Hobbes. Con ese acto de sumisión se constituye la República. En puridad la soberanía debe corresponder a ésta, y así Hobbes nos dice que "el legislador en todas las Repúblicas es sólo el soberano" y que "sólo la República prescribe

y manda observar las reglas que llamamos ley. En consecuencia la República es el legislador". Pero la República, esto es, la persona común, sólo existe en cuanto todos están sometidos a uno al que consideran su representante, cuyos actos aceptan como si fueran propios, y precisamente por ello Hobbes califica a este representante de soberano, le denomina "representante soberano". Parece, por una parte, que sólo la colectividad es soberana, pero al mismo tiempo esa colectividad sólo es una en cuanto es representada, y por tanto el verdadero soberano es ese representante. Se trata, además, de una representación sui generis, porque aquí no hay realmente nadie que sea representado. "Es la unidad del representante y no la unidad de los representados lo que hace de la persona una. La unidad en multitud no puede entenderse de otra forma". El supuesto representado, por tanto, no existe al margen de su representante, y no tiene ningún derecho frente a él.

El problema que se plantea con esta construcción es que resulta por completo imposible garantizar que el soberano hará un uso racional de la soberanía y los individuos se encuentran por completo indefensos ante él.

Este es el motivo por el que en la teoría liberal se abandona o se intenta abandonar el esquema de Hobbes y se considera que el pacto no da lugar a la sumisión a la voluntad particular de un individuo, sino a la sumisión a la voluntad general del pueblo unificado. Pero esa misma subordinación del general del pueblo unificado. Pero esa misma subordinación del problema de la soberanía al principio de la libertad nos explica también cuál es el verdadero alcance de esa idea de la voluntad general.

El concepto de voluntad general se construye

por contraposición con el de voluntad particular. Pero general y particular no tienen aquí un significado cuantitativo, de todos o de uno, sino cualitativo. El aspecto meramente cuantitativo no está presente en esa diferenciación entre voluntad general y voluntad particular, sino en la diferenciación entre voluntad del todo y voluntad o voluntades individuales. En esta distinción no es posible según veremos, fundamentar una exigencia respecto del fundamento del ordenamiento jurídico. El planteamiento correcto de la cuestión exige, por tanto, que distingamos entre la contraposición cualitativa entre lo general particular de un individuo, sino a la sumisión a la voluntad de todos y la individual. Con arreglo a la distinción cualitativa, la única aquí posible, es general la voluntad que quiere lo general y es particular la que quiere lo particular. Cuando se dice que la soberanía corresponde a la voluntad general se está diciendo que corresponde a la voluntad que quiere lo general, esto es, que quiere la ley racional que hace posibles normas generales de libertad, normas que no se refieren a individuos en particular, ni a clases de individuos, sino que contienen las condiciones generales en
de individuos, sino que contienen las condiciones generales en
las que todos son por igual libres.

La teoría liberal excluye que una voluntad individual, de un individuo, puede ser general o, por lo menos, excluye que la voluntad individual pueda ser soberana, porque no está garantizado que esa voluntad pueda ser general en su contenido. Este es el motivo del rechazo a la construcción de Hobbes, en la que todo queda en manos de una voluntad individual y, por tanto, presumiblemente particular.

Ahora bien, desde el punto de vista de la teoría liberal tampoco hay razón alguna para suponer que la voluntad de todos sea la voluntad general, sino más bien lo contrario, es

de presumir que tampoco la voluntad de todos tenga ese carácter. Si voluntad general quiere decir voluntad conforme con la ley general de libertad acorde con ese principio de la razón, tal voluntad general sólo se dará en la voluntad de todos si los individuos están realmente en condiciones de acceder al conocimiento de esa ley racional, y eso no ocurre más que en la medida en que los individuos sean independientes, esto es, tal conocimiento de la racionalidad no se da, según la teoría liberal, en quienes dependen de otros en virtud de un contrato de trabajo, en los asalariados. Sólo los independientes son capaces de acceder a ese conocimiento de la racionalidad.

Lo que interesa destacar en esta construcción es que la atribución de la soberanía a la voluntad general del pueblo unificado no se refiere en absoluto al pueblo real, al conjunto integrado por todos y cada uno de los individuos que constituyen la población, sino que se refiere al pueblo considerado como una unidad ideal, y a su voluntad general considerada como la voluntad racional que debería tener. Esto es lo mismo que decir que la cuestión de la soberanía no puede desembocar en una soberanía democrática, o soberanía del pueblo. Del mismo modo que la teoría liberal excluye la soberanía de uno porque eso significaría el despotismo de la voluntad individual, que sería sólo particular, también excluye la democracia, porque significaría el despotismo de todas las voluntades individuales, que también serían particulares.

c) La exclusión de la democracia en la teoría liberal.- Esta exclusión de la democracia en la teoría liberal resulta necesariamente de su punto de partida, del hecho de que la libertad se constituya como un valor, de modo que el problema de la soberanía tenga que ser resuelto en función de esa exigencia previa de acomodación al valor libertad.

Para que la voluntad general coincidiera con la voluntad de todos habría de tratarse, claro está, de una voluntad unánime, exactamente de la voluntad de todos y cada uno sin exclusión. Si la soberanía reside en todos y cada uno, la ley sólo es obligatoria si todos y cada uno asienten, o, lo que es lo mismo, no es obligatoria para los que disienten. De otro modo lo que prevalecería sería la voluntad de la mayoría y habría que explicar por qué está obligada la minoría que disiente. Tal explicación es desde luego posible, pero no sobre la base de la teoría de la soberanía de todos y cada uno.

Para que fuera posible tal voluntad unánime habríamos de suponer que todos y cada uno de los individuos renuncian a su egoísmo, lo que significa que en ellos tiene lugar una transformación ética que conduce a considerar que el fín del Estado no es garantizar los cauces del egoísmo individual, sino establecer el bien general de la comunidad. Esta es la línea que se inicia con "El Contrato Social" de Rousseau, y que continúa después en el pensamiento democrático radical.

Tal solución es, en primer lugar, contraria a los supuestos mismos del pensamiento liberal, ya que para éste no se trata de renunciar a la libertad egoísta, sino de hacerla civilmente posible. No se trata de que cada uno renuncie a su propio interés, sino precisamente de lo contrario, de que pueda perseguirlo sin impedir que los demás hagan lo mismo. La idea de tal transformación ética, y de la consiguiente limitación de la libertad, supondría una total contradicción con el espíritu que informa la génesis y el desarrollo de la sociedad liberal.

En segundo lugar, esa solución sólo sería posible si desapareciera el real antagonismo entre los hombres. La transformación ética de que se habla sólo es realizable si se transfor-

ma la propia realidad humana que da origen al comportamiento antagónico. Por ello esta solución tiene inevitablemente un caracter revolucionario y en cierto sentido utópico. Revolucionario, porque en cualquier caso supone una radical transformación de las relaciones económicas del capitalismo, que se basan precisamente en esa relación antagónica, una transformación que haga desaparecer la lucha que le es inherente. Utópico, porque el verdadero problema radica en si tal transformación sería suficiente para eliminar el antagonismo o si éste se encuentra en un plano más profundo, no histórico sino biológico, de tal modo que es un elemento indestructible de la existencia humana.

Esta línea de pensamiento es desde luego ajena a la teoría liberal del Estado, porque para ésta la transformación de que se habla no sólo no es posible sino que, si lo fuera, no sería deseable. Para la teoría liberal el problema de la democracia es el problema de la conciliación entre la libertad y la ampliación del número de individuos llamados a formar la voluntad del Estado. Por otra parte, la idea de la democracia radical, unánime, es en realidad ajena no sólo a la teoría liberal sino a cualquier teoría del Estado y del derecho. Si desaparece el antagonismo entre los individuos, si es posible que en ellos haya una voluntad unánime de todos, dejaría de ser necesaria la coacción, sin la cual no hay ni Estado ni derecho. El Estado y el derecho son órdenes coactivos, y una teoría que sostenga que todos los hombres pueden estar de acuerdo tiene que eliminar la coacción como elemento que haga posible el orden social. Por ello, la consecuencia lógica de la teoría de la democracia radical es la tesis de la futura extinción del Estado y del derecho. La teoría democrática radical no es una teoría del Estado, sino realmente una teoría del no-Estado.

d) Soberanía colectiva y teoría jurídica. Conviene

indicar que, si nos atenemos a la significación estricta de los términos soberanía y pueblo, la imposibilidad de la soberanía popular no es una consecuencia de la teoría liberal, sino simplemente de toda teoría del derecho.

Decir que la soberanía corresponde al pueblo significa una de estas dos cosas: o corresponde a todos y cada uno de los individuos, o corresponde a la totalidad considerada como una unidad. Cualquiera de estas dos soluciones conducen al absurdo.

En la primera de las acepciones la afirmación carece evidentemente de todo sentido, ya que supone negar la idea misma de derecho. Si dijéramos que cada individuo es soberano tendríamos que reconocer que no está sometido más que a las normas que él mismo se dicte, lo que significa que no está obligado a obedecer contra su voluntad. Esto significa negar que la norma sea obligatoria, negar el concepto mismo de norma. La soberanía de todos y de cada uno es la negación del derecho, porque hace depender éste de todos y cada uno de los afectados. Si, para escapar a esta consecuencia, decimos que el individuo está obligado a obedecer lo que decida la mayoría, desde luego evitaremos el absurdo, pero a costa de negar la soberanía individual de todos y cada uno de los sujetos que integran el pueblo y, por tanto, la soberanía popular en la primera de sus acepciones. Estaremos diciendo que los individuos que disientan de la mayoría están obligados a someterse a ella, es decir, que están sujetos a normas ajenas: no son soberanos.

La tesis de la soberanía del pueblo o de la nación es inaceptable también en la segunda de las acepciones,

como soberanía de un sujeto unitario llamado Pueblo o Nación y distinto de los individuos que lo integran. Esta tesis es radicalmente absurda por una razón muy simple: tal sujeto colectivo sencillamente no existe. Su unidad, su posible carácter de sujeto, le viene dada por el ordenamiento y por tanto no puede ser soberano, anterior a éste.

En efecto, el pueblo como sujeto no existe, no tiene ninguna entidad real en absoluto, y por tanto no puede hacer ni querer ni tener nada, no puede ser titular de derecho alguno. Afirmar que el pueblo como sujeto es capaz de titularidad, de acción, volición, derechos, etc., es tan sólo una ficción con la que imputamos a un sujeto simplemente pensado una serie de actos que en realidad, en la realidad empírica, son actos de individuos concretos. En la realidad el pueblo es una multiplicidad de individuos que habitan en un territorio, que tienen una historia, una lengua, o varias, unas costumbres, todo lo cual puede dar al conjunto un aspecto más o menos homogéneo, pero en modo alguno lo puede convertir en un sujeto. La afirmación del pueblo como sujeto no puede tener sentido más que si ese pueblo está organizado en Estado, y entonces es idéntico a él. Tratarlo como un sujeto real no es más que palabrería metafísica y romántica, a la que por cierto se sienten facilmente inclinados los nacionalismos de todo pelaje.

Respecto del ordenamiento, el pueblo sólo puede ser considerado como titular del poder de creación del mismo en la medida en que está jurídicamente organizado, esto es, en la medida en que preexiste un ordenamiento con unos órganos cuya actividad normadora imputamos a la colectividad considerada ficticiamente como sujeto. Ese pueblo del que decimos que es soberano no tiene ninguna entidad distinta de los sujetos a los que el ordenamiento atribuye un poder nor-

mador y ese ordenamiento, a su vez, no nace fácticamente de la obra de un sujeto pueblo, que no existe, sino que es creado por individuos concretos. No es posible, por tanto, contraponer el pueblo como soberano al ordenamiento y a sus órganos, como si aquél fuera un sujeto distinto e independiente de estos órganos. Ni siquiera es posible decir que ese pueblo actúa a través de esos órganos, del Estado aparato, porque tal cosa sigue implicando una subjetividad diferenciada.

Todo esto no quiere decir en absoluto que sea imposible la democracia, porque soberanía popular y democracia son cosas distintas y aquélla se puede construir sin hacer referencia a ésta. La democracia se refiere a la posición que ocupan los ciudadanos en la creación de derecho, fundamentalmente a través de las elecciones, pero también a través de otras fórmulas. Ello no tiene nada que ver con una supuesta soberanía de esos ciudadanos, sino que tal participación se puede explicar perfectamente a partir del derecho positivo: por diversas y capitalísimas razones políticas, el ordenamiento jurídico atribuye a un número mayor o menor de individuos, en la democracia a todos los mayores de edad, la función de elegir a otros individuos para que legislen, o la de aprobar o rechazar los proyectos de ley en un referéndum, o cualquier otra función similar. Con ello los convierte en un órgano del ordenamiento.

e) Las consecuencias jurídicas de la atribución de la soberanía a la colectividad. Titularidad y ejercicio. El hecho de que la soberanía se atribuya a la colectividad tiene consecuencias distintas según que se trate de la Nación o del Pueblo. Pero no es éste el problema del que vamos a ocuparnos aquí, sino que lo que nos interesa es destacar que, si bien tal soberanía es tan sólo la de un ente ideal, no por ello la cons-

trucción deja de tener consecuencias generales respecto de la estructura del ordenamiento.

La atribución de la soberanía al Pueblo o a la Nación tiene una importante consecuencia negativa: no puede ser soberano ningún grupo de individuos, ni ningún órgano del Estado en concreto. Su consecuencia básica es que cualquier titular del poder, incluido el electorado, lo es por delegación del soberano, no por ejercitar un derecho propio.

Esta consecuencia es de capital importancia para hacer frente al problema que tiene que resolver una teoría liberal de la constitución, esto es, al problema de limitar la creación jurídica del Estado aparato sin que sea posible recurrir para ello a la idea de derecho natural, a la limitación del derecho positivo, soberano, a partir de otro derecho. Es cierto que no cabe limitar el poder soberano y, en consecuencia, tampoco cabe hablar de derecho frente al soberano, que sería derecho frente al derecho. Sin embargo, al afirmar que la soberanía corresponde al ente ideal llamado Pueblo o Nación, el titular de la soberanía queda separado de los órganos que crean el derecho y se abre así la posibilidad de limitar el poder de estos sin afectar con ello a la soberanía. No hay derechos ni libertades frente al soberano, pero éste puede crear derechos y libertades frente a todos los que ejercen por delegación su poder. No hay derecho de resistencia frente al soberano, pero sí "resistencia", jurídicamente organizada, frente a los actos de normación de los órganos del Estado. Igualmente no es posible dividir la soberanía, pero sí lo es dividir su ejercicio entre varios organos, de modo que se limiten unos a otros.

La atribución de la soberanía a la colectividad ideal y la consiguiente negación de la soberanía de los sujetos

concretos son esenciales para construir el moderno concepto de constitución. La constitución viene a ocupar el lugar del antiguo sistema de límites consuetudinarios y de derecho natural sin limitar por ello la dinámica del ordenamiento. La creación jurídica por parte del soberano no está sometida a limitación jurídica alguna, porque frente a él no hay derecho alguno. Pero, al mismo tiempo, todo órgano subordinado al soberano, todo órgano de creación, puede estar sometido a límites por la constitución.

El problema de la limitación del poder deja así ma de ejercicio de la soberanía, deja de ser un problema de limites externos al ordenamiento para pasar a ser un problema de estructuración interna que limite el poder de sus órganos. El tema de la limitación del poder deja de discutirse como problema de soberanía y pasa a ser un problema constitucional.

Es preciso, sin embargo, señalar que este efecto negativo se consigue también a partir de la tésis, única lógicamente correcta, según la cual la soberanía es una cualidad del propio ordenamiento. También entonces resultan privados de la cualidad de soberanos los órganos y sujetos que operan en el ordenamiento, también entonces es posible distinguir entre titularidad y ejercicio, someter éste a límites, dividir los poderes, establecer derechos subjetivos, etc. Todo ello es posible a partir de la soberanía del ordenamiento, pero no necesario. Y aquí radica el sentido político de la doctrina de la soberanía nacional o popular: a partir de ella no se trata sólo de la posibilidad de establecer esas distinciones, sino de la necesidad política de llevarlas a cabo y de la necesidad de dar una determinada estructura al ordenamiento.